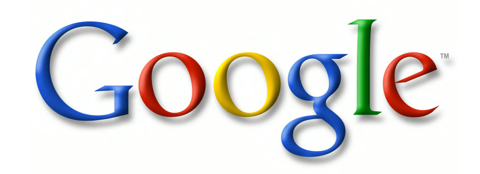
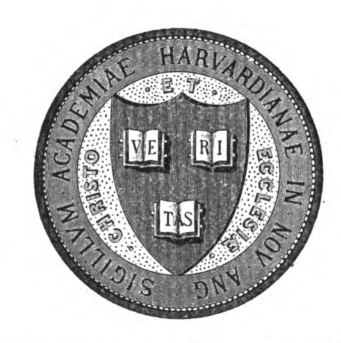







SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Mecklenburgische Zeitschrift

für

Rechtspflege und Rechtswissenschaft,

herausgegeben von

Dr. Johann Friedrich Budde,
Oberlandesgerichts-Präsident
in Rostock,

Ulrich Blanck,
Ober-Staatsanwalt
in Rostock,

und

Dr. Carl Birkmeyer,
Professor der Rechte an der Universität in München.

Siebenter Band.

Wismar.
Hinstorff'sche Hofbuchhandlung Verlagsconto.
1888.

Rec. Apr. 30, 1902.

Systematisches Register.

I. Präjudizien.

A. Civilrecht.

B. Civilprozeß.

C. Strafrecht.

D. Strafprozeß.

II. Abhandlungen.

III. Litteratur.



Entscheidungen der Civilsenate des Oberlandesgerichts.

1. Zustellung von Anwalt zu Anwalt. C.-P.-O. § 181. I. Re. 71/1885.

Zum Nachweise der in gesetzlicher Form und Frist erfolgten Zustellung der Berufungsschrift wurde deren Urschrift von dem Berufungskläger im Verhandlungstermin vorgelegt unter Hinweis auf das dort befindliche Empfangsbekenntnis des gegnerischen Anwalts:

„Beglaubigte Abschrift dieser Berufung nebst Terminsbestimmung habe ich heute zugestellt erhalten."

N., 28. Dezember 1885.

Der Rechtsanwalt.

A. L.

Die Berufungsbeklagten beantragten, das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen, da in jenem Empfangsbekenntnisse der Name des zustellenden Sachwalts fehle und in der ihm zugestellten (im Termine vorgelegten) Abschrift das Attest ganz fehle.

Das Oberlandesgericht erklärte in dem am 14. April 1886 zur Sache erlassenen Endurteil jenen Mangel für unerheblich.

Gründe.

Die Berufung des Klägers ist in gesetzlicher Form und Frist eingelegt. Wenn Beklagte die Formrichtigkeit derselben zunächst aus dem Grunde bemängeln, weil das in Gemäßheit des § 181 Abs. 2 der Civilprozeßordnung vom Rechtsanwalt L. als Prozeßbevollmächtigten der Beklagten auf der Urschrift der Berufungs-

schrift ausgestellte Empfangsbekenntnis keine Angabe darüber enthält, von wem demselben die Berufungsschrift zugestellt sei, so ist es allerdings richtig, daß eine Berufung nur dann als gültig eingelegt angesehen werden kann, wenn die Berufungsschrift dem Gegner auf Betreiben eines bei dem Berufungsgericht zugelassenen Rechtsanwalts zugestellt wird — vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. V S. 374 —. Im vorliegenden Falle haben die Beklagten jedoch nicht bestritten, daß die in Frage stehende Zustellung der Berufungsschrift auf Betreiben des Rechtsanwalts B. zu N. erfolgt ist, welcher sowohl bei dem Landgerichte N., als auch bei dem Oberlandesgericht zugelassen ist, und den Kläger in beiden Instanzen vertritt, und liegt daher für das Gericht um so weniger Veranlassung vor, die Richtigkeit dieser Thatsache in Zweifel zu ziehen, als sich das Empfangsbekenntnis des Rechtsanwalts L. auf der mit der eigenhändigen Unterschrift des Rechtsanwalts B. versehenen Urschrift der Berufungsschrift befindet. Steht aber hiernach fest, daß die Zustellung der Berufungsschrift in diesem Punkte thatsächlich in formell unanfechtbarer Weise geschehen ist, so kann darauf kein Gewicht gelegt werden, daß die Zustellungsurkunde selbst, welche hier durch das Empfangsbekenntnis des gegnerischen Vertreters gebildet wird, die Bezeichnung der Person, welche zugestellt hat, nicht enthält. Denn wenn man auch davon ausgeht, daß eine Zustellung von Anwalt zu Anwalt auf keine andere Weise als durch ein den Erfordernissen des § 181 Abs. 2 der Civilprozeßordnung entsprechendes Empfangsbekenntnis nachgewiesen werden kann — Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. V S. 414 — so liegt doch das in der genannten Gesetzesbestimmung erforderte Minimum des zulässigen Nachweises hier vor, da dieselbe die ausdrückliche Bezeichnung des Anwalts, von welchem zugestellt wird, in dem Empfangsbekenntnis des Gegners nicht vorschreibt — vgl. auch das in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. VII S. 372 mitgeteilte Beispiel eines nach § 181 Abs. 2 cit. ausgestellten Empfangsbekenntnisses, dessen Gültigkeit aus dem hier in Frage stehenden Grunde nicht in Zweifel gezogen ist —, und muß daher mindestens im vorliegenden Falle, wo die Person des zustellenden Anwalts feststeht, der

Mangel seiner ausdrücklichen Bezeichnung im Empfangsbekenntnis des Gegners für unwesentlich erachtet werden. Ebensowenig kann darauf Gewicht gelegt werden, daß die dem Vertreter der Beklagten übergebene Abschrift der Berufungsschrift eine Abschrift des von dem Letzteren erteilten Empfangsbekenntnisses nicht enthält. Die Übergabe einer Abschrift des die Zustellungsurkunde im vorliegenden Falle vertretenden Empfangsbekenntnisses des gegnerischen Anwalts an den Letzteren ist für die Zustellung von Anwalt zu Anwalt nirgends vorgeschrieben und erscheint eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 173 Abs. 3 der Civilprozeßordnung auf die völlig anders konstruierte Zustellung von Anwalt zu Anwalt nicht gerechtfertigt.

II. Ko. 78/1884.

In einem andern Falle war das der Berufungsschrift beigefügte Empfangsbekenntnis mit einer unvollständigen Angabe der Ausstellungszeit versehen. Es war neben dem Wohnorte des Empfängers zwar der Monat und das Jahr angegeben, aber für den Zustellungstag eine unausgefüllt gebliebene Lücke gelassen. Daß ein Teil jenes Monats noch in die Notfrist fiel, stand fest, auch waren die Parteien darüber einig, daß vor deren Ablauf die Berufungsschrift zugestellt sei, und dies wurde noch dadurch bescheinigt, daß bereits vorher eine schriftliche Erwiderung des Berufungsbeklagten zu den Akten gelangt war. Gleichwohl verwarf das Oberlandesgericht durch Urteil vom 26. April 1887 das Rechtsmittel als unzulässig.

Gründe.

Nach den Vorschriften des § 477 der Civilprozeßordnung ist eine Berufung als in der gesetzlichen Frist eingelegt anzusehen, wenn sie innerhalb eines Monats nach der geschehenen Zustellung des Urteils eingelegt ist. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, auf welche von den Parteien nicht verzichtet werden kann und deren Vorhandensein von Amtswegen zu beachten ist, so ist die Berufung unzulässig.

Vorliegend ist das Urteil ordnungsmäßig am 22. Okt. 1884 von Anwalt zu Anwalt zugestellt. Zwar giebt das Empfangsbekenntnis des beklagtischen Sachwalts keine Auskunft über die Person des Zustellenden, indessen ist dies nach § 181 Abs. 2 der

1*

Civilprozeßordnung auch nicht nötig, und vorliegend steht es, zumal in Beihalt der von dem klägerischen Sachwalt auf die Urteilsabschrift aufgetragenen Bescheinigung, außer Zweifel, daß die Zustellung Seitens des klägerischen Sachwalts geschehen ist. Darnach würde die Berufungsfrist gewahrt sein, wenn die Einlegung der Berufung, wie behauptet und von dem beklagtischen Sachwalt bescheinigt ist, am 5. Nov. 1884 geschehen sein sollte.

Es steht aber grade in Frage, ob überhaupt die Einlegung der Berufung, welche nach § 479 der Civilprozeßordnung durch Zustellung eines Schriftsatzes zu geschehen hat, erfolgt sei, weil das auf der Urschrift der Berufungsschrift befindliche Empfangsbekenntnis des klägerischen Sachwalts den Tag, an welchem die Zustellung erfolgt sein soll, nicht bezeichnet. Auf den ersten Blick hat es den Anschein, als ob dieser Umstand ein unwesentlicher sei, weil die in den Händen des Gegners befindliche, dem Gerichte von der Berufungsklägerin vorgelegte Zustellungsbescheinigung des beklagtischen Sachwalts das Datum „5. Nov. 1884" trägt und es in der Theorie und Praxis und namentlich auch in der Judikatur des Reichsgerichts bereits anerkannt ist, daß allein durch solche Bescheinigung der Beweis der Zustellung voll erbracht werden kann, und auch kein ausreichender Grund vorliegt, die Beweisfähigkeit dieser Urkunde auf den Fall zu beschränken, wo die Partei, welcher zugestellt ist, die beweispflichtige ist.

Es kommt aber darauf an, um welchen Beweis es sich handelt, ob nur um den Beweis der geschehenen Übergabe des zuzustellenden Schriftstückes oder auch um den Beweis der geschehenen Beurkundung dieser Übergabe. Würde das Letztere der Fall sein, so würde in dieser Richtung die Bescheinigung vorliegend gar keinen Beweiswert haben, weil die geschehene Beurkundung in Urschrift dem Gerichte vorgelegt und somit die Form der geschehenen Beurkundung dem Gerichte direct wahrnehmbar gemacht, mithin insoweit für eine Beweisführung überhaupt kein Raum ist.

In der That aber ist davon auszugehen, daß es auf den Nachweis ankommt, ob die Beurkundung der geschehenen Übergabe der Berufungsschrift in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise erfolgt sei. Denn die Beurkundung der Zustellung in der gesetzlich be-

stimmten Form dient nicht nur zum Nachweise der geschehenen Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks, sondern bildet einen essentiellen Bestandteil des formalen Zustellungsaktes selbst. Die Ansicht, daß diese Beurkundung nur die Bedeutung eines Beweismittels habe und folgeweise auch durch andere Beweismittel ersetzt werden könne, würde in ihrer Konsequenz zu ganz unhaltbaren Resultaten führen. Beispielsweise würde schon das Geständnis der erschienenen Gegenpartei, daß die Zustellung an einem bestimmten Tage erfolgt sei, zur Erbringung des Beweises dieser Thatsache genügen, und nach § 261 der Civilprozeßordnung sogar jede anderweitige Beweiserhebung ausschließen, mithin unter Umständen die Wahrung eines gesetzlich der offiziellen richterlichen Prüfung unterliegenden Punkts der Disposition der Parteien unterstellt werden, was der Absicht des Gesetzes ganz zuwiderlaufen würde.

Bildet aber die Beurkundung der Zustellung, wie das Gesetz sie vorschreibt, einen essentiellen Bestandteil des Zustellungsaktes selbst, so kommt es nur darauf an, ob das vorliegende, von dem klägerischen Sachwalte ausgestellte Empfangsbekenntnis den legalen Anforderungen entspricht. Namentlich kann, zumal inzwischen die Notfrist abgelaufen ist, von einer nachträglichen Vervollständigung nicht die Rede sein, weil dasselbe einen in sich vollendeten Formalakt darstellt und überdies dem Empfänger desselben, welches die Bedeutung einer öffentlichen Urkunde hat, jede Befugnis, durch Eintragungen den Inhalt desselben zu verändern, abgeht. Zuzugeben ist, daß Mängel der Zustellungsurkunde nicht immer die Ungültigkeit der Zustellung selbst zur Folge haben. Weil die, freilich obligatorischen, Vorschriften über den Inhalt der Zustellungsurkunde zum Teil nur insofern formale sind, als es sich um die Beweistüchtigkeit der Urkunde als einer öffentlichen handelt, so ist es nicht ausgeschlossen, durch anderweitige, und zwar durch alle sonst zulässigen, Beweismittel, einzelne Lücken derselben zu ergänzen und Unrichtigkeiten derselben zu berichtigen. So ist z. B. der Nachweis, daß das aufgeführte Datum ein unrichtiges sei, nicht für unzulässig zu halten. Absolut erforderlich ist aber, daß die für den Begriff der Zustellungsurkunde wesentlichen Be=

standteile vorhanden sind. Zu solchen wesentlichen Bestandteilen aber sind die Beurkundung der Übergabe des Schriftstücks, die Beurkundung des Tages, an welchem die Übergabe erfolgt ist, und die Unterschreibung der Urkunde zu rechnen. Hierfür spricht gerade diejenige Bestimmung der Civilprozeßordnung, durch welche die Zustellung von Anwalt zu Anwalt geregelt wird. Wenn der einschlagende § 181 sich aller Detailbestimmungen über diese Zustellungsform enthält, in dem Absatz 2 aber ausspricht, daß zum Nachweise der Zustellung das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekenntnis genüge, so haben damit, so wenig glücklich die Fassung dieser Bestimmung auch sein mag, ganz offensichtlich zugleich diejenigen Erfordernisse bezeichnet werden sollen, welche zum mindesten vorhanden sein müssen, um die Zustellung von Anwalt zu Anwalt als eine perfekte und gültige erscheinen zu lassen. In diesem Sinne ist diese Bestimmung auch von dem Reichsgerichte in dem Bd. V S. 414 und Bd. XIV S. 348 der Entscheidungen abgedruckten Entscheidungen aufgefaßt worden.

Vergleiche im Übrigen die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bdd. IV, 433, VIII, 328, IX, 414, XIII, 366, XV, 373 und in der Juristischen Wochenschrift vom 18. März d. J. S. 39 ff., sowie Franke in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. V S. 381 ff., und Fitting in derselben Zeitschrift Bd. XI S. 25 ff.

Darnach ist die vorliegend geschehene Zustellung, weil das Empfangsbekenntnis des klägerischen Sachwalts den Tag des Empfanges nicht angiebt, mithin mit einem Datum nicht versehen ist, eine ungültige und folgeweise die Berufung nicht ordnungsmäßig eingelegt. Dieselbe mußte daher unter Verurteilung der Berufungsklägerin in die Kosten der Berufungsinstanz als unzulässig verworfen werden.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision ist vom Reichsgericht zurückgewiesen.

---

2. Änderung des Klaggrundes einer Ehescheidungsklage in der Berufungsinstanz. Gu. 46/1886.

Eine Ehefrau hatte in erster Instanz wegen der durch Schuld des Ehemannes eingetretenen völligen Zerrüttung des ehelichen Lebens die Trennung von Tisch und Bett auf die Dauer von 2 Jahren, in der Berufungsinstanz wegen des von ihm begangenen Ehebruchs die Ehescheidung dem Bande nach beantragt. Diesem Antrage entsprach das Urteil des Oberlandesgerichts vom 29. September 1886 unter Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung, welche den dort gestellten Antrag zurückgewiesen hatte.

Gründe.

Nach der in der Theorie und Praxis vorherrschenden und für richtig zu haltenden Auslegung des § 574 Abs. 1 der Civilprozeßordnung können noch in der Berufungsinstanz andere als die in der Klage vorgebrachten Klagegründe geltend gemacht werden,

vgl. Seuffert, C.-P.-O., 3. Auflage Note 2 b daselbst,

und somit liegt eine unzulässige Änderung des Klagegrundes nicht vor. Daß aus der Zulässigkeit der Änderung des Klagegrundes auch auf die neuer Ansprüche zu schließen sei, ist vom Reichsgericht in dem Band 11 der Entscheidungen in Civilsachen sub Nr. 83 abgedruckten Urteil verneint, indeß bedarf es keiner Erörterung darüber, ob dieser Entscheidung beizutreten ist, weil es nicht als eine nach § 491 Abs. 2 in der Berufungsinstanz unzulässige Erhebung eines neuen Anspruchs, sondern nur als eine im § 240 Nr. 2 zugelassene Erweiterung des Klageantrages anzusehen ist, wenn Widerklägerin jetzt statt der zeitweisen Separation die gänzliche Scheidung begehrt, siehe auch Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 11 Seite 414.

Der Widerbeklagte hat zugestanden, mit der Marie S. wiederholt im Juni oder Juli d. J., sowie kurz vor dem Verhandlungstermine vom 25. September den Beischlaf vollzogen zu haben. Seine Angabe findet Unterstützung in der Aussage des Zeugen M., wonach er wiederholt in das Zimmer des gedachten, unter sittenpolizeilicher Kontrolle stehenden Mädchens gegangen ist, und was die letzteren Beischlafsakte anlangt, in dem Zeugnis der Marie S. selbst. Das Geständnis ist nicht bloß wegen dieser, sondern auch wegen der früheren Akte, und zwar, ohne daß die

Beeidigung der S. erforderlich erschien, für richtig angesehen, weil darauf, daß das der Unzucht mit beliebigen Personen ergebene Frauenzimmer sich deren nicht mehr erinnert, kein Gewicht zu legen ist. Thatsachen, welche dafür sprechen, daß etwa der Beischlaf vom Widerbeklagten mit Zustimmung der Ehefrau vollzogen ist, um die Ehescheidung zu erreichen, sind nicht ermittelt, und war sonach dem jetzigen Antrage in der Widerklagesache gemäß zu erkennen.

---

3. Versäumnisurteil. Po. 36/1886.

Auf die im Wechselprozesse erhobene Klage des Handlungshauses H. & A. in R. war in dem Verhandlungstermin vom 12. Januar d. J. beim Ausbleiben des Beklagten dem klägerischen Antrage entsprechend von der zweiten Civilkammer des Großherzogl. Landgerichts zu Rostock das Versäumnisurteil dahin verkündet:

„Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin 1228 Mk. 53 Pf. nebst 6 % Zinsen p. a. seit dem 2. Januar 1886 zu zahlen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Dieses Urteil wird für vorläufig vollstreckbar erklärt."

In Folge des vom Beklagten erhobenen Einspruchs hat am 4. Februar d. J. Verhandlung stattgefunden, in welcher der Beklagte erklärt hat, daß er Einwendungen gegen den Klageanspruch habe, jedoch nicht in der Lage sei, diese Einreden durch im Wechselprozesse zulässige Beweismittel darzuthun, weshalb er bitten müsse, ihm die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten.

Darauf ist am 4. Februar d. J. von der genannten Civilkammer folgendes Urteil verkündet:

„Das Versäumnisurteil vom 12. Januar d. J. wird aufgehoben und Beklagter schuldig erkannt, der Klägerin 1228 Mk. 53 Pf. nebst 6 % Zinsen p. a. seit dem 2. Januar 1886 zu zahlen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Dem Beklagten wird die Ausführung seiner Rechte vorbehalten. Dieses Urteil wird für vorläufig vollstreckbar erklärt."

Gegen diese Entscheidung haben die Kläger Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat durch Urteil vom 25. Februar 1886 erkannt:

Das am 4. Februar 1886 verkündete Urteil der II. Civilkammer des Großherzoglichen Landgerichts hieselbst wird aufgehoben und das Versäumnisurteil desselben Gerichts vom 12. Januar 1886 mit dem Zusatze aufrecht erhalten, daß dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte vorbehalten wird.

Die Instanzkosten werden dem Berufungsbeklagten auferlegt.

Gründe.

Da der Berufungsbeklagte durch die am 13. d. M. erfolgte Zustellung der Berufungsschrift ordnungsmäßig zu dem unter Abkürzung der Einlassungs-Frist auf eine Woche angesetzten Verhandlungstermin vom 25. d. M. geladen ist, stellt sich der Antrag des Berufungsklägers auf Erlassung des Versäumnisurteils in Maßgabe des § 504 der Civilprozeßordnung als begründet dar.

Für die Sachentscheidung über die form- und fristgerecht eingelegte Berufung kommt es lediglich auf die Interpretation des § 308 der Civilprozeßordnung an.

Die von Seuffert in seinem Kommentar zu § 308 der Civilprozeßordnung Note 1 vertretene Ansicht, daß für diejenigen Fälle, in denen das zu erlassende Endurteil mit dem Versäumnisurteil nicht vollständig übereinstimmt, das letztere durch das erstere aufzuheben und sodann die neue Entscheidung zu formulieren sei, findet in dem Wortlaut des angeführten Paragraphen nicht nur keinen Anhalt, sondern setzt sich mit demselben geradezu in Widerspruch. Denn der § 308 lautet nicht etwa: „wenn die Entscheidung, welche auf Grund der neuen Verhandlung zu erlassen ist, mit der in dem Versäumnisurteil enthaltenen übereinstimmt, ist auszusprechen, daß diese Entscheidung aufrecht zu erhalten sei," sondern es heißt ausdrücklich: „insoweit" die Entscheidung 2c.; und auch der zweite Satz desselben Paragraphen sagt dementsprechend: „Insoweit diese Voraussetzung nicht zutrifft, wird das Versäumnisurteil in dem neuen Urteil aufgehoben." Danach erscheint eine Scheidung in Betreff der aufrecht zu erhaltenden und der aufzuhebenden Teile des Urteils bei nicht vollständiger Übereinstimmung zwischen dem Versäumnisurteil und dem Endurteil nicht nur als zulässig, sondern als geradezu geboten. Vgl. v. Wilmowski und Levy, Kommentar zu § 308 Note 1 Abs. 2. Auch läßt sich mit Grund nicht behaupten, daß nur quantitative Unterschiede zwischen den beiden Urteilen zu teilweiser Aufrechterhaltung und teilweiser Aufhebung des Versäumnisurteils durch das Endurteil führen können und müssen, denn auch qualitative Verschiedenheiten können, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, in

dem es sich lediglich um Vorbehalt der Ausführung der Rechte in Maßgabe des § 562 der Civilprozeßordnung handelt, die vollständige oder teilweise Aufrechterhaltung des Versäumnisurteils sehr wohl zulassen. Das praktische Interesse an der Aufrechthaltung des Versäumnisurteils vom 12. Januar d. J. ergiebt sich aus den Darlegungen der Klägerin über die inzwischen auf Grund desselben erfolgte Zwangsvollstreckung, deren Bestand durch das angefochtene Endurteil gefährdet ist, ohne Weiteres.

Demgemäß ist die erhobene Berufung begründet und war unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, wie geschehen, zu erkennen.

Die Entscheidung über die Kosten der Berufungsinstanz entspricht dem § 92 Abs. 1 der Civilprozeßordnung.

---

4. Zulässigkeit des Rechtsweges bei einem Streite über die auf Grund eines Privatrechtstitels beanspruchte Befreiung von öffentlichen Abgaben. Feststellungsklage nach § 231 der Civilprozeßordnung.

Se. 131/1885.

Für die im Jahre 1871 inkamerierten, demnächst den Domainen des Großherzoglichen Haushalts einverleibten Güter N. und B. gilt die Domanial-Gemeindeordnung vom 29. Juni 1869. Mehrere der dortigen Bauern behaupteten von den durch dieses Gesetz den Einwohnern auferlegten Gemeindelasten, deren Tragung ihnen seitens des Großherzoglichen Amtes angesonnen wurde, frei zu sein, indem sie sich auf die ihnen bzw. ihren Rechtsvorgängern von der vormaligen Gutsherrschaft erteilten, landesherrlich bestätigten Regulative bezogen, wonach die Bauern außer den dort aufgeführten Leistungen schlechthin nichts zu berichtigen haben sollten, es sei denn, daß auf ritterschaftliche Bauern im verfassungsmäßigen Wege außerordentliche Steuern gelegt würden.

Da das Amt gegen die Renitenten mit Administrativexekution vorging, erhoben dieselben gegen die Oberste Verwaltungsbehörde des Großherzoglichen Haushalts die Feststellungsklage, welche vom erstinstanzlichen Gerichte aus formellen, vom Oberlandesgerichte dagegen durch Berufungsurteil vom 5. Mai 1886 aus sachlichen Gründen abgewiesen wurde.

Gründe.

Als unbegründet erscheint die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs, welche die Beklagte in gegenwärtiger Instanz darauf gestützt hat, daß es sich im vorliegenden Prozesse lediglich um ein dem öffentlichen Rechte angehörendes Rechtsverhältnis handle. Denn die Kläger bestreiten der Landesherrschaft keineswegs das Recht, die revidierte Domanial-Gemeinde-Ordnung für ihre Hufen in Anwendung zu bringen und in Gemäßheit der Bestimmungen der Letzteren ihnen die in Frage stehenden Abgaben und Leistungen aufzuerlegen, sie beanspruchen vielmehr lediglich auf Grund der im Jahre 1804 ihren Rechtsvorgängern von der damaligen Gutsherrschaft über N. und B. unter landesherrlicher Genehmigung ertheilten Regulative und der in diesen enthaltenen Zusicherungen, daß die von der Beklagten vertretene Landesherrschaft als Rechtsnachfolgerin der früheren Gutsherrschaft die von ihnen jetzt auf Grund der Gemeindeordnung beanspruchten Abgaben und Leistungen für sie bzw. ihre Gehöfte zahle und beschaffe, gründen ihre Ansprüche also auf einen rein privatrechtlichen Titel, für welchen der Rechtsweg daher niemals als ausgeschlossen angesehen werden kann.

Die von den Klägern auf Grund des § 231 der Civilprozeßordnung erhobene Feststellungsklage ist vom Landgericht abgewiesen worden, weil eine solche Feststellungsklage ihrer Natur nach eine subsidiäre sei, und daher von einem rechtlichen Interesse an der alsbaldigen Feststellung dann nicht gesprochen werden könnte, wenn der klägerische Teil es unterlassen habe, den ihm gesetzlich zustehenden Weg der Beschwerde im Administrativverfahren zu beschreiten, um diejenigen Rechtsverhältnisse, welche die Grundlage und Voraussetzung des festzustellenden Rechtsverhältnisses bilden, endgültig zur Entscheidung zu bringen. So liege die Sache aber hier, wo die Kläger die Feststellungsklage erhoben hätten, ohne zuvor von dem ihnen, nach § 21, 3 der revidierten Gemeindeordnung gegen jeden Erlaß des Amts in Gemeindeangelegenheiten zustehenden Rechtsmittel des Rekurses an das Ministerium des Innern Gebrauch zu machen. Diese Rechtsauffassung des Vorderrichters muß jedoch als eine rechtsirrtümliche bezeichnet werden. Die von demselben für die Feststellungsklage postulierte Subsi-

diarität hat einen selbständigen Ausdruck in der Bestimmung des § 231 der Civilprozeßordnung nicht gefunden, dieselbe kann vielmehr nur aus dem dort als Voraussetzung der Feststellungsklage aufgestellten Erfordernisse eines rechtlichen Interesses des Klägers an der alsbaldigen Feststellung des den Gegenstand der Klage bildenden Rechtsverhältnisses abgeleitet werden und darf daher als eine unbedingte überhaupt nicht und keinenfalls dann geltend gemacht werden, wenn jenes rechtliche Interesse an einer alsbaldigen Feststellung als vorhanden angesehen werden muß. Dies ist aber hier der Fall. Die Erlasse des Amts, welche den Klägern die streitigen Leistungen auferlegen, sind jedenfalls formell nicht weniger als zu Recht bestehend anzusehen, als wenn die Rekursinstanz gegen dieselben angerufen wäre und sie bestätigt hätte, und vor Allem steht ihnen von vorne herein der administrative Exekutionszwang zur Seite. Unter diesen Umständen kann aber den Klägern, welche durch den ihnen drohenden und teilweise schon realisierten Executionszwang in die Lage versetzt sind, vorläufig die von ihnen beanspruchten Leistungen beschaffen zu müssen, ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen richterlichen Entscheidung der Frage, ob die Beklagte verpflichtet ist, jene Leistungen an ihrer Stelle zu prästieren, nicht abgesprochen werden, und erscheint bei dem Vorhandensein jenes gesetzlichen Erfordernisses für die erhobene Feststellungsklage der Umstand, daß die Kläger die ihnen beschwerlichen Amtserlasse zuvor mit dem an die höhere Verwaltungsbehörde führenden Rechtsmittel des Rekurses hätten anfechten können, als bedeutungslos. Hinzu kommt aber ferner noch, daß die Ansprüche der Kläger zur Entscheidung durch die höhere Verwaltungsbehörde im Rekurswege überhaupt nicht geeignet waren. Die Rekursinstanz war immer nur in der Lage, darüber Entscheidung zu treffen, ob das Amt den Klägern die in Frage stehenden Lasten und Abgaben in Übereinstimmung mit den bestehenden gesetzlichen Vorschriften auferlegt habe, und diese Frage wird von den Klägern gar nicht bestritten, welche vielmehr, wie bereits hervorgehoben, von der Beklagten lediglich eine Vertretung in der Prästierung dieser ihnen auferlegten Lasten auf Grund privatrechtlichen Titels verlangen.

Sind nach den vorstehenden Ausführungen die prozessualischen

Voraussetzungen der erhobenen Feststellungsklage für gegeben zu erachten, so mußte weiter auf eine materielle Prüfung des Rechtsverhältnisses eingegangen werden, dessen richterliche Feststellung Kläger beanspruchen. Diese materielle Prüfung konnte jedoch zu einem den Klägern günstigen Resultate nicht führen. Zunächst erscheint es schon in erheblichem Maße zweifelhaft, ob den §§ 12 bzw. 13 der Regulative, nach welchem die Bauern außer dem in den vorhergehenden Paragraphen aufgeführten Prästando schlechthin nichts zu berichtigen haben, es sei denn, daß auf ritterschaftliche Bauern im verfassungsmäßigen Wege außerordentliche Steuern gelegt werden, nicht lediglich die Bedeutung zukommt, daß durch diese Bestimmung eine willkürliche Erhöhung der von den Bauern zu tragenden Lasten durch die Gütsherrschaft hat ausgeschlossen werden sollen. Keinenfalls kann aber jener Bestimmung eine solche Tragweite beigelegt werden, daß die Gutsherrschaft auf Grund derselben verpflichtet gehalten werden sollte, den Bauern für jegliche Zukunft schlechthin alle in Gemäßheit einer späteren Gesetzgebung ihnen auferlegten Leistungen abzunehmen. Die ritterschaftlichen Güter N. und B. sind im Jahre 1831 in das Eigentum des Landesherrn übergegangen und Bestandteile des landesherrlichen Domaniums geworden. Als solche sind sie demnächst den Gütern des Großherzoglichen Haushalts einverleibt und in administrativer und polizeilicher Hinsicht dem Großherzoglichen Amte D. unterstellt. Endlich ist in beiden Gütern vor mehreren Jahren die auch für die inkamerierten Güter erlassene revidierte Domanial-Gemeinde-Ordnung vom 20. Juni 1869 eingeführt, und ist von den Klägern nicht behauptet worden, daß die von ihnen seitens des Amts begehrten Leistungen den in Geltung stehenden allgemeinen administrativen Normen für die Domanialortschaften, in welchen die revidierte Gemeindeordnung gilt, widersprächen. Denselben sind also lediglich Leistungen auferlegt, welche sie in Gemäßheit allgemeiner gesetzlicher Normen in ihrer Eigenschaft als Glieder einer nach den Vorschriften der Revidierten Gemeindeordnung organisierten Hofgemeinde trafen, und diese Leistungen fallen unter die Ausnahme, welche die angezogenen §§ 12 bzw. 13 der Regulative von 1804 von der ihnen im Übrigen zugestandenen

Befreiung von allen weiteren in den Regulativen nicht vorgesehenen Leistungen machen. Durch den in rechtlich zulässiger Weise erfolgten Erwerb der Güter N. und B. seitens des Landesherrn änderte sich zugleich die staatsrechtliche Stellung derselben. Abgesehen von der hier nicht interessierenden Bestimmung des § 97 des L.-G.-G.-E.-Vergleichs wurden dieselben den übrigen Bestandteilen des Domaniums gleichgestellt und die Landesherrschaft gewann die Befugnis, die ihr im Domanium ohne ständische Konkurrenz zustehende gesetzgebende Gewalt auch bezüglich dieser Güter und der in demselben vorhandenen bisher ritterschaftlichen Bauern auszuüben. Für diese ritterschaftlichen Bauern normierten also von nun an die für das Domanium in Zukunft erlassenen Gesetze und Verordnungen und zu den im verfassungsmäßigen Wege ihnen auferlegten außerordentlichen Steuern, welche sie nach ihren Regulativen tragen sollen, sind alle diejenigen öffentlichen Leistungen zu rechnen, welche ihnen nach der landesherrlichen Gesetzgebung im Domanium obliegen. Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß die Landesherrschaft in privatrechtlicher Beziehung Rechtsnachfolgerin der Gutsherrschaft ist, welche den Klägern die Regulative von 1804 erteilt hat, da nach den obigen Ausführungen die von den Klägern begehrten Leistungen nicht mit der ihnen in den Regulativen erteilten Zusicherung in Widerspruch stehen, mögen die Kläger auch immerhin in Folge der veränderten staatsrechtlichen Stellung der Güter, zu denen ihre Hufen gehören, thatsächlich in Bezug auf jene Leistungen schlechter gestellt sein, als wenn die Inkamerierung der Güter nicht erfolgt wäre. Sonach kann eine Verpflichtung der Beklagten, die libellierten Abgaben und Leistungen für die Kläger bzw. ihre Gehöfte zu beschaffen nicht als begründet anerkannt werden, und war daher die Berufung der Kläger gegen das für sie nicht beschwerliche erstinstanzliche Urteil zu verwerfen unter Verurteilung derselben in die Kosten der Berufungsinstanz.

Die hiergegen eingelegte Revision ist durch reichsgerichtliches Erkenntnis vom 20. Oktober 1886 zurückgewiesen.

---

5. Unzulässigkeit des Rechtsweges in Steuersachen.

Ne. 28/1886.

Der Kaufmann S. in N. klagte gegen den Magistrat der Stadt N. mit dem Antrage, festzustellen, daß er von seinen beiden im städtischen Weichbilde belegenen Grundstücken (einer Dampfmühle und einem Wohnhause) die kommunale Haussteuer nicht zu entrichten habe und den Beklagten zur Erstattung der für die Jahre 1884 und 1885 erhobenen Steuerbeträge zu verurteilen.

Die Klage wurde auf Grund der vorgeschützten Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen und die dagegen erhobene Berufung durch Urteil des Oberlandesgerichts vom 7. April 1886 für unbegründet erklärt.

Gründe.

1. Das Oberlandesgericht hat sich bereits in mehreren Entscheidungen in Übereinstimmung mit

Wach, Handbuch des deutschen Civilprozesses, Bd. I § 8 unter III,

für die Auffassung ausgesprochen, daß durch die §§ 3 Abs. 1 des Einführungs-Gesetzes zur Civilprozeßordnung und § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes ein das sonst bestehende Reichsrecht, bzw. das Recht der Einzelstaaten modifizierender Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nicht aufgestellt ist. Es hält an dieser Ansicht fest, und ist danach im vorliegenden Falle bei dem Fehlen anderweitiger einschlagender Normen der Reichsgesetze zuerst die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges in Grund des Mecklenburgischen Partikularrechts zu prüfen.

2. Während in Mecklenburg im Allgemeinen die Tendenz der Gesetzgebung dahin geht, die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte möglichst zu erweitern, und in Übereinstimmung hiermit noch durch die Kaiserl. Res. vom 19. Oktober 1724 Nr. XIV a. E. (siehe Trotsche Mecklenb. Civilprozeß § 11 zu Note 7) den Ständen zugesichert ist, daß die Zolleinnehmer wegen ungebührlich erhobenen Zolls von den Justizkanzleien und Obrigkeiten, welchen schleunigst Justiz zu administrieren obliege, zur Erstattung angehalten und in Strafe genommen werden sollten, machte sich später auf dem Gebiete des Steuer- und Zollwesens eine entgegenstehende Strömung geltend. Schon der landesgrundgesetzliche Erbvergleich von 1755 bestimmt in der von der ordentlichen städtischen Steuer handelnden Nr. II des Artikels 1, § 56:

„Wenn defraudationes und contraventiones bei der Steuer vorfallen, so soll die Untersuchung derselben in den großen Städten von unserm Licent-Inspektore mit Zuziehung der Licent-Einnehmer, in den kleineren von Unserm Licent-Einnehmer allein geschehen. Nach befundener Defraudation und Kontravention sollen die Defraudanten und Kontravenienten in die in der Einnehmer-Instruktion darauf gesetzte Strafe verurteilt werdeu." Nach § 57 soll sich „des Endes vor jetzt gedachten Licentbedienten ein jeder Kontravenient ohne Ansehung und unbeschadet seines sonstigen fori ordinarii gestellen, und nach kurzer rechtlicher Erörterung dem Ausspruch desselben, ohne davon an ein oder anderes Kollegium appellieren zu können, sich unterwerfen," und wird weiter dem Beschwerten „der Recursus an Uns oder Unsere Regierung oder an das zum Steuerwesen verordnete Kollegium freigelassen." Schließen nun auch diese §§ ihrem Wortlaut nach nur Steuerdefraudations- und Kontraventionssachen von der gerichtlichen Zuständigkeit aus, so weisen sie doch damit auch die Entscheidung der in der Untersuchung sich ergebenden Vorfrage, ob der in Untersuchung Gezogene zur Entrichtung der Steuer schuldig, der ausschließlichen Entscheidung der Verwaltungsbehörden zu. — In den Verhandlungen, welche der Patent-Verordnung vom 28. November 1817 betreffend die Einrichtung einer Instanz für Verfassungsstreitigkeiten zwischen den beiden Landesherren und den Ständen vorhergingen, wurde seitens der ständischen Deputierten in Anregung gebracht, daß zu den auf dem Wege der Kompromißinstanz zu entscheidenden Sachen u. A. nicht die Fälle gehörten, wenn Jemand die Großherzoglichen Kammern und deren Unterbehörden als Verwalter der Domänen und anderer Einkünfte, mithin auch wegen Steuer- und Zollbeschwerden zu besprechen habe, und daß für diese und sonstige nach ihrer Ansicht das Eigentum oder sonstige Vermögen der Landesherren betreffenden und demzufolge vor die Landesgerichte gehörenden Beschwerden die Zusicherung der Bestellung eines Prokurators, gegen den sie durchzuführen seien, in der Verordnung zu erteilen sei. Seitens der Landesherren wurde die Hineinziehung dieser Frage in die schwebenden Verhandlungen abgelehnt und die etwa nötig werdende Bestimmung über

dieselbe der demnächst zu erlassenden Verordnung über die Einrichtung eines Oberappellationsgerichts vorbehalten.

Siehe die Verhandlungen in der Dittmar'schen Sammlung neuerer Gesetze und Urkunden, welche auf das Mecklenb. Staatsrecht Bezug haben, Bd. II S. 267 f., auch Raabe, Mecklenb.-Schwerinsche Gesetzsammlung Bd. IV S. 529 f.

In dem von den Regierungen vorgelegten Entwurf der O.-A.-G.-Ordnung vom 1. Juli 1818 hatte der § 6 (Schwerin 8) bereits die zum Gesetz gewordene Fassung: Bei vorkommenden Beschwerdeführungen über das Verfahren der Steuerbehörden .... behält es jedoch bei dem § 57 des Landesvergleichs sein Bewenden.

Seitens der ständischen Deputierten wurde dagegen

cf. die Dittmar'sche Sammlung Bd. II S. 97 f.

hervorgehoben, daß es sich bei diesen Steuerkontraventionssachen um Gegenstände handle, welche „ungezweifelt zur Kategorie des privatrechtlichen Interesses sich eigneten," und ein Zusatz dahin beantragt:

Würde inzwischen daselbst die Beschwerde nicht gehoben, so wird dieselbe zu dem im § 62 bezeichneten Verfahren verstellt.

Der § 62 des Entwurfs (§ 10 des Strelitzer, § 12 des Schweriner Gesetzes) enthielt die Zusicherung seitens beider Landesherren, daß, wenn Jemand eine Ansprache an Sie aus Privatverhältnissen zu haben, oder durch Sie, die Regierungen und Lehnkammern, an seinem Rechte verletzt zu sein glaube, demselben zur Verfolgung des Rechtsweges ein Anwalt, gegen welchen die Klage anzubringen sei, bestellt werden solle. Eine Veränderung der Fassung des § 6, insbesondere die Aufnahme des vorerwähnten Zusatzes wurde jedoch demnächst, anscheinend in Folge Weigerung der Regierungen „nicht weiter anwendlich befunden", als daß ein von den ständischen Deputierten gewünschter Zusatz hinter „Lehnskammern oder sonst nachgesetzte Behörden" in den § 62 (10) Aufnahme fand, nachdem die Regierungskommissarien „denselben als sich von selbst verstehend aufzunehmen, auch als den Fall des § 8 (6) mitergreifend anzusehen kein Bedenken gefunden hätten." — Der § 6 der O.-A.-G.-Ordnung von 1818 ist bei Aufhebung

derselben mit den sonstigen Bestimmungen, welche Bestand behalten sollten, unter derselben Nr. in die Nebenverordnung zur Revidierten O.-A.-G.-Ordnung vom 20. Juli 1840 aufgenommen und noch geltendes Recht.

Erwägt man nun, daß individuelle Befreiungen von öffentlichrechtlichen Verpflichtungen, insbesondere auch von Steuern, kraft eines speziellen Titels, Privilegs, Vertrags und dergleichen auch dann der Geltendmachung auf dem Wege des Civilprozesses angehören, wenn im Allgemeinen bezüglich der fraglichen Verpflichtungen der Rechtsweg ausgeschlossen ist, mithin ein Gebiet der Anwendung des Zusatzes in Steuersachen immer übrig bleibt, so läßt sich aus der angeführten Erklärung der Kommissarien nicht entnehmen, daß sie in den durch den citierten § 6 behandelten Fällen generell die Bestellung eines landesherrlichen Prokurators und die Eröffnung des Rechtsweges wider denselben haben zugestehen wollen. Sieht man aber auf den Wortlaut des § 6, so scheint derselbe dadurch, daß er nicht bloß der Steuerdefraudations- und Kontraventionssachen, sondern der Beschwerden über das Verfahren der Steuerbehörden überhaupt gedenkt, auf den Ausschluß des Rechtsweges im weiteren Umfange wie nach § 56 und 57 des Erbvergleiches gerichtet. In diesem Sinne ist derselbe in der Querelentscheidung des früheren Oberappellationsgerichts hieselbst vom 17. Dezember 1858 Sa. 161 Strel. (citiert bei Trotsche Bd. I S. 63 Note 4) aufgefaßt, welche die Zurückweisung einer Klage auf Erstattung angeblich mit Unrecht erhobenen Wassergeldes bestätigt, daneben allerdings die Beschreitung des Rechtsweges nach zuvoriger Bestellung eines Regierungsprokurators für zulässig hält, während die Entscheidung des jetzigen Gerichtshofes für Kompetenzkonflikte, abgedruckt in der

Mecklenb. Zeitschrift für Rechtspflege 2c. Bd. III S. 141 f., besonders S. 143 unten,

den citierten § 8 (6) von einer definitiven Erledigung steuerlicher Differenzen im Administrativwege versteht.

In der späteren Mecklenb. Gesetzgebung tritt das Bestreben, den Rechtsweg für Beschwerden inbezug auf die inländischen Steuern und Zölle auszuschließen, noch weiter hervor. In den

betreffenden Strafsachen fand zur Zeit des Inkrafttretens der Strafprozeßordnung durchweg administratives Verfahren unter Ausschluß der Provokation an die Gerichte statt.

Vgl. v. Amsberg, Kommentar zu den Ausführungs-Verordnungen der Reichsjustizgesetze sub VII S. 333 ff., bezüglich des jetzt geltenden Rechts S. 348 ff.

Die in Folge des Eintritts der Großherzogtümer in den Zollverein wieder aufgehobene Gesetzgebung über das Steuer- und Zollwesen vom Jahre 1863 in den Anlagen 1 und 2 zu Nr. 8 des Offiziellen Anzeigers enthielt im § 8 des Gesetzes über die Handelsklassensteuer und im § 8 des Zollgesetzes den Ausschluß des Rechtsweges betreffende Vorschriften. — Das Kontributionsedikt von 1870 in Nr. 32 des Offiziellen Anzeigers von 1870 und übereinstimmend das revidierte Kontributionsedikt von 1874 in Anl. I zu Nr. 15 des Offiziellen Anzeigers von 1874 schreiben vor (§ 77), daß Steuerpflichtige, welche glauben, daß sie unrichtig zur Steuer veranlagt sind, eine Reklamation bei der Obrigkeit anzubringen haben, daß ihnen gegen ungewährliche Entscheidungen eine Berufung an die Steuer-Direktion und von dieser an die Landesregierung binnen 3 Wochen präklusivischer Frist offen stehen soll, und daß sie bis zur endlichen Entscheidung die veranlagte Steuer vorbehältlich etwaiger Restitution zu erlegen haben. Wenn hiernach die endliche Entscheidung der Landesregierung vorbehalten und damit der Rechtsweg ausgeschlossen ist, so ist doch in einer bei dem Gerichtshofe für Kompetenzkonflikte anhängig gewesenen Sache Ae. 6/1884 geltend gemacht, daß der Ausschluß des Rechtsweges nur bei Beschwerden über die Höhe der Steuer, nicht bei solchen über das Vorhandensein der Steuerpflicht in Grund des Gesetzes angeordnet sei, und hierfür der § 76, wonach ein Anspruch auf Restitution indebite erlegter Steuern binnen einer 6monatigen Frist vom Tage der Zahlung an bei der Central-Steuer-Direction angebracht werden muß, geltend gemacht. Dieser Auffassung steht jedoch der Wortlaut des § 77, welcher von Beschwerden über unrichtige Veranlagung zur Steuer, wozu auch die Forderung einer solchen beim Fehlen der gesetzlichen Voraussetzungen der Steuerpflicht gehört, handelt, entgegen, weiter ist

aber in der (ungedruckten) Entscheidung des genannten Gerichtshofes aus der Entstehungsgeschichte des § 76, welcher aus der Mecklenburg-Schwerinschen Gesetzgebung, nämlich der Verordnung vom 5. Februar 1836 (Offizielles Wochenblatt von 1836 Nr. 7), dem mit derselben im wesentlichen übereinstimmenden Abs. 2 der Nr. XII des Kontributionsedikts vom 31. Dezember 1840 (Raabe, Bd. I S. 489), der Verordnung vom 5. Februar 1847 (Raabe V S. 121) und dem Kontributionsedikt vom 18. Februar 1854, Artikel X (Raabe VI S. 180 ff.) hervorgegangen ist, dargethan, daß derselbe nicht die demnächstige Gewährung des Rechtsweges vorbereiten, sondern nur das Verfahren in solchen Fällen ordnen wolle, in denen der kurze Reklamationstermin des § 77 entschuldbarer Weise nicht eingehalten worden, oder derselbe keine Anwendung finden konnte, wie z. B. wenn nicht die Veranlagung der Obrigkeit, sondern die Änderung im Revisionsverfahren (§ 71 und 72 des Gesetzes) zur Beschwerde gezogen ist.

Das Kommunalsteuer-Regulativ für die Residenzstadt Neustrelitz vom 24. Januar 1871 (Offizieller Anzeiger von 1871 Nr. 10) schließt sich nach § 2, was die Berechnung und Erhebung der Steuer anlangt, der Landeskontribution, mithin dem derzeit geltenden Edikt von 1870 der Hauptsache nach an.

Wenn nun nach § 8 Abs. 4 und 5 den Steuerpflichtigen gegen die Höhe der Enquotierung die Beschwerde beim Magistrat und gegen dessen Entscheidung der Rekurs an Großherzogliche Landesregierung freigelassen ist, auch bis zur endlichen Entscheidung die veranlagte Steuer vorbehältlich der etwaigen Restitution entrichtet werden muß, so stimmen diese Vorschriften ebenfalls im Übrigen mit denen des Kontributionsedikts überein, nur daß in letzterem von Beschwerden über die unrichtige Veranlagung, in dem Kommunalsteuerregulativ von solchen gegen die Höhe der Enquotierung die Rede ist. Aus dieser Verschiedenheit des Wortlauts läßt sich jedoch, zumal in Mitberücksichtigung des der Freilassung des Rechtsweges in Steuersachen nicht geneigten Standes der Mecklenb. Gesetzgebung, insbesondere des Standpunktes der Regierungen nicht herleiten, daß derselbe für die Frage der Steuerpflicht

der einzelnen Objekte offen gelassen sei, vielmehr liegt nur eine ungenaue Ausdrucksweise vor, welche von dem bei weitem am häufigsten zu Beschwerden Veranlassung gebenden Falle ausgehend den gleichartigen, wenn die Steuerpflicht in Grund des Gesetzes ganz bestritten wird, mitzuergreifen bestimmt ist, und auf denselben mitbezogen werden kann. Der Kläger stützt nun seine Klage nicht auf Steuerbefreiung in Grund besonderer Verträge oder sonstiger spezieller Rechtsgründe, sondern auf eine Verletzung der Vorschriften des Kommunalsteuerregulativs, und ist daher in dem angefochtenen Erkenntnis mit Recht die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges begründet befunden.

3. Wollte man aber selbst annehmen, daß nicht, wie im Vorstehenden ausgeführt, die Zulässigkeit des Rechtsweges für den vorliegenden Fall durch das Mecklenburgische Recht ausgeschlossen sei, so enthält dasselbe jedenfalls keine denselben gestattende Vorschrift, und würde daher ein Rückgriff auf außerhalb des Partikularrechts liegende Normen erforderlich werden. In dem Urteil des Reichsgerichts, Bd. XI S. 65 ff. der Entscheidungen ist nun ausgeführt, daß in älterer Zeit von den Gerichtshöfen des deutschen Reichs vorherrschend der Grundsatz zur Geltung gebracht worden, daß der Rechtsweg wegen Verletzung der Vermögensrechte des Einzelnen durch unrechtmäßige Steuererhebung seitens des Staates zulässig sei,

cfr. dazu die weiteren bei Wach S. 82 in der Note aufgeführten Entscheidungen des Reichsgerichts und die in der juristischen Wochenschrift von 1884, Nr. 21—23 S. 169 sub I, 1 abgedruckte.

Aus dem Vorherrschen dieser Anschauung in der älteren Praxis, von welcher aber, wie in der erwähnten Entscheidung ebenfalls dargelegt ist, die spätere Rechtsentwickelung in den deutschen Einzelstaaten vielfach abgegangen ist, läßt sich nicht das Vorhandensein eines entsprechenden allgemeinen deutschen Gewohnheitsrechtes herleiten. Würde es sonach an allen denjenigen Normen fehlen, die — vgl. oben Nr. 1 — in der Civilprozeßordnung und dem Gerichtsverfassungsgesetze als für den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten maßgebend vorausgesetzt sind, so

bliebe nichts übrig, als aus diesem Begriff selbst Argumente für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtsweges zu ziehen, und danach kann der zur Frage stehende Streit nicht zu den im Wege des Civilprozesses zu entscheidenden gezählt werden. Denn wo der Staat selbst kraft seines Hoheitsrechtes, oder die von ihm dazu auktorisierte Gemeinde zur Erfüllung ihrer dem öffentlichen Rechte angehörenden Aufgaben an ihre Angehörigen Anforderungen stellt, liegt kein privatrechtliches Verhältnis gegenüber denselben vor, und der Streit über die Begründetheit der Ansprüche wird nicht schon dadurch zu einem bürgerlichen Rechtsstreit, daß es sich um vermögensrechtliche Leistungen handelt. So auch die citierte Entscheidung des Kompetenzgerichtshofes in der Mecklenburgischen Zeitschrift 2c., Bd. 3 S. 141. — Es würde daher die Berufung auch bei dem Fehlen besonderer, den Rechtsweg ausschließender Bestimmungen des Mecklenb. Rechts unbegründet sein.

4. Die Kosten des unbegründeten Rechtsmittels waren nach § 92 Abs. 1 der Civilprozeßordnung dem Kläger aufzulegen.

Die Revision ist vom Reichsgericht durch Urteil vom 27. September 1886 zurückgewiesen.

---

6. Verjährung einer verzinslichen Darlehnsforderung. Usurae ultra alterum tantum. Sa. 126/1885.

Die Ehefrau des Rentners S. hatte vor ihrer Verheiratung von einem Dritten ein verzinsliches, halbjährlich zu den landüblichen Terminen kündbares Darlehn erhalten. Nach dem im Juli 1878 erfolgten Tode der Schuldnerin kündigte deren Ehemann als Rechtsnachfolger des Gläubigers den drei Erben Joh. 1879 das Kapital zur Auszahlung Antoni 1880 und klagte sodann auf Rückzahlung des Darlehns mit den verschreibungsmäßigen Zinsen seit dem 6. November 1852 bis zur Fälligkeit, von da mit Verzugszinsen zu 5 %.

In erster Instanz wurde die Klage auf Grund der vorgeschützten Verjährungseinrede abgewiesen. Das Oberlandesgericht hob diese Entscheidung auf und erließ folgendes bedingtes Endurteil vom 3. Februar 1886:

Jeder der Beklagten hat nachstehenden Eid zu leisten:

Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden, daß ich nach

sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Überzeugung nicht erlangt habe, daß zwischen dem Kläger und seiner verstorbenen Ehefrau entweder am 6. November 1852 oder nach dem im Jahre 1859 erfolgten Tode des Glasers K. oder noch später vereinbart sei, es solle die dem Kläger am 6. November 1852 abgetretene Kapitalforderung des K. an seine Ehefrau von 1125 Mk. und die darauf entfallenden Zinsen erst nach dem Tode der Ehefrau aus ihrem Nachlasse zurückgezahlt werden. So wahr mir Gott helfe!

Wer von den Beklagten vorstehenden Eid nicht leistet, soll schuldig erkannt werden, an den Kläger 375 Mk. Kapital, 375 Mk. Zinsen, sowie weitere 5% Prozeßzinsen auf das Kapital seit dem 3. Juli 1885 zu zahlen, 1/3 der Gerichtskosten zu tragen und dem Kläger 1/3 der ihm erwachsenen Prozeßkosten zu erstatten. Gegenüber demjenigen Beklagten, welcher den Eid leistet, soll Kläger mit der Klage abgewiesen und schuldig erkannt werden, demselben die ihm erwachsenen Prozeßkosten zu erstatten. Ferner hat derselbe, wenn alle Beklagten den Eid leisten, die gesamten Gerichtskosten, wenn nur einer oder zwei derselben ihn leisten 1/3 bezw. 2/3 derselben zu tragen.

Gründe.

1. Laut § 1 des zwischen dem Glaser K. und dem Kläger am 6. November 1852 abgeschlossenen Leibrentenvertrages, „übergiebt Ersterer dem Letzteren sein bei dessen Ehefrau stehendes Kapital im Betrage von 375 Thlr. Crt. und überliefert die darüber sprechende Verschreibung über Hauptstuhl und Zinsen, letztere vom heutigen Tage an gerechnet." Es ist diese Ausdrucksweise augenscheinlich beeinflußt durch den nicht juristischen Sprachgebrauch, welcher den Begriff des Eigentums mit dem des Vermögens identifizierend dazu gelangt, von einem Eigentum an Schuldforderungen zu reden, sie läßt es aber doch mit ausreichender Sicherheit erkennen, daß der Inhalt der Disposition die Cession des Kapitals mit den laufenden Zinsen und die Übergabe der ausgestellten Schuldverschreibung ist. Bestätigt wird diese Auffassung dadurch, daß bei dem Leibrentenkontrakt die sofortige Übertragung des Rechts an den Vermögensstücken, gegen deren Hingabe die Leibrente gezahlt werden soll, an den Rentenschuldner als die Regel anzusehen ist, wie sich dies in der Parömie „Leibgut schwindet Hauptgut" ausspricht, s. Gerber, Deutsches Privatrecht § 192, Stobbe, Bd. 3 § 196. Vergleiche im Übrigen auch noch l. 49 D. sol. matr. 24, 3. Sonach sind die Einwendungen der Be-

klagten gegen die Aktivlegitimation des Klägers unbegründet. Ihre Passivlegitimation als Erben der Ehefrau des Klägers ist von ihnen anerkannt.

2. In der sehr bestrittenen Frage über den Beginn der Verjährung bei dem verzinslichen Darlehen, dessen Rückzahlung erst nach Ablauf einer von der Kündigung an laufenden Frist beansprucht werden kann, findet das Berufungsgericht keine Veranlassung von der in der Entscheidung des früheren Oberappellationsgerichts hieselbst, abgedruckt bei Buchka und Budde, Bd. 2 Nr. 21 sich findenden Auffassung der l. 8 § 4 C. de praescriptione XXX vel XI. annorum 7, 39, nach welcher die Nichtleistung terminlich zu entrichtender Zinsen während eines Zeitraums von 30 Jahren die Verjährung der Klage auf das Kapital nach sich zieht, abzugehen. Die Differenz zwischen der Ansicht jenes Erkenntnisses und der von Savigny R. R. Bd. V. S. 308 bezüglich der Frage, ob die Verjährung sofort bei Nichtentrichtung der Zinsen, oder erst unter Hinzurechnung der Kündigungsfrist beginnt, kann dahingestellt bleiben. Denn auch wenn man von der dem Kläger günstigsten Annahme ausgeht, daß die Zinsen nur jährlich, mithin nach der am 6. November 1852 an ihn geschehenen Cession zuerst in termino Johannis 1883 zu zahlen waren, und dazu die halbjährige Kündigungsfrist hinzurechnet, so würde doch immer der Lauf der Verjährungsfrist Antoni 1854 begonnen haben, und war dieselbe zur Zeit der Klagerhebung am 3. Juli 1885 vollendet. Die im Jahre 1879 erfolgte Kündigung unterbrach die Verjährung ebensowenig, wie dies bei einer Mahnung der Fall gewesen sein würde. Ob etwa die Nichtzahlung der Zinsen dann ohne Bedeutung gewesen wäre, wenn der Kläger, sei es in Folge einer Dotalbestellung, sei es ohne eine solche doch thatsächlich bis zum Tode seiner Frau im vollem Genuß ihres Vermögens gewesen sein sollte, ist nicht zu erörtern, weil derartige Behauptungen klägerischerseits nicht aufgestellt sind. Nach dem Vorbringen in erster Instanz war somit die Verjährungseinrede begründet.

3. Kläger hat aber in gegenwärtiger Instanz behauptet, daß durch eine zwischen ihm und seiner verstorbenen Ehefrau zuerst

am 6. November 1852, dann nach dem im Jahre 1859 erfolgten Tode des K. und noch später wiederholt abgeschlossene Vereinbarung dieselbe von ihm mit der Rückzahlung des Kapitals und der Zahlung der Zinsen auf dasselbe bis zu ihrem Tode befristet sei, und würde im Falle einer solchen Befristung, da die Ehefrau erst am 13. Juli 1878 gestorben ist, die Verjährungseinrede in Wegfall kommen. Auf den ersten Blick erscheint nun freilich die Behauptung eines wiederholten Abschlusses dieser Vereinbarung (nicht bloß einer späteren wiederholten Anerkennung der am 6. November 1852 getroffenen) auffallend, indessen kann es doch nicht als ausgeschlossen gelten, daß die Eheleute, sei es aus Veranlassung von Zweifeln darüber, ob die frühere Abmachung rechtsbeständig war, sei es um einen Zeugen, wie sie einen solchen gehabt haben wollen, zu gewinnen, oder aus noch anderen Gründen sich in der That zu dem wiederholten Abschluß dieses Abkommens veranlaßt gesehen haben. Es war daher auf den den Beklagten zugeschobenen Eid bezüglich der klägerischen Behauptung, und zwar da eine nähere Zeitangabe wegen der späteren Fälle nicht erforderlich schien, auch wegen dieser, übrigens in der Fassung des letzten Satzes des § 424 der Civilprozeßordnung zu erkennen.

4. Kläger hat einen Zinsanspruch erhoben, welcher in etwas über das Doppelte des eingeklagten Kapitals hinausgeht, und entsteht für den Fall der Nichtleistung des zugeschobenen Eides seitens der Beklagten die Frage, ob derselbe, was eventuell von ihnen bestritten wird, in dieser Höhe begründet ist. Ein Einfluß des Reichsgesetzes vom 14. November 1867 betreffend die vertragsmäßigen Zinsen auf dieselbe ist zu verneinen. Zwar ist im § 1 des citierten Gesetzes das Prinzip der Vertragsfreiheit ausgesprochen, dasselbe ist aber nicht generell, sondern nur wegen der Höhe und Art der Vergütung anerkannt, und im § 4 das Verbot des Anatocismus, soweit es bestand, aufrecht erhalten. Danach und da die Unzulässigkeit des Zinsanspruches ultra alterum tantum gemeinrechtlich ein von den Bestimmungen über die Höhe des Zinsfußes gesondertes Institut bildet, läßt sich nicht etwa annehmen, daß Vereinbarungen, wonach auch nach Erreichung des Kapitalbetrages die Zinsen fortlaufen sollen, jetzt rechtsbeständig

seien, und bedarf es keiner Erörterung, ob eine solche implicite in dem zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau angeblich abgeschlossenen Vertrage zu finden sein würde.

Vgl. über das Vorstehende Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 3. Aufl. S. 355 unter 3.

Ob, wie von mehreren Seiten behauptet wird, die Unzulässigkeit der Forderung rückständiger Zinsen über den Betrag des Kapitals hinaus auf den Fall der Nachlässigkeit des Gläubigers in Beitreibung derselben zu beschränken ist, kann ebenfalls dahingestellt bleiben, weil, wenn die behauptete Vereinbarung abgeschlossen sein sollte, der Kläger nach dem Tode seiner Frau an der sofortigen Einziehung der Zinsen unbehindert war, zu dieser Zeit noch keine Überschreitung des alterum tantum vorlag und ihm mithin eine Nachlässigkeit vorzuwerfen ist. Sonach steht dem Kläger im Übrigen ein den Betrag des Kapitals übersteigender Zinsanspruch keinenfalls zu, nur waren ihm eventualiter in Übereinstimmung mit den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Band VII Nr. 52, Bd. VIII Nr. 45 von Erhebung der Klage an Prozeßzinsen über denselben hinaus zuzubilligen.

5. Die nicht erhebliche Zuvielforderung des Klägers in Bezug auf die Zinsen ist nach § 9 des Gerichtskostengesetzes und § 4 der Civilprozeßordnung für die Kostenwahrnahme ohne Bedeutung, demnach und nach § 87 Abs. 1, 88 Abs. 2, 95 Abs. 1 der Civilprozeßordnung waren die Folgen der Leistung bzw. Nichtleistung des zugeschobenen Eides seitens der einzelnen Beklagten, zwischen denen die Verpflichtung ihrer Erblasserin selbst geteilt ist, in der Hauptsache und im Kostenpunkte, wie geschehen, festzustellen. Für den Fall, daß Beklagte sich nachträglich zur Leistung eines beschränkteren Eides erbieten sollten, wird § 431 der Civilprozeßordnung maßgebend.

---

7. Bedeutung und Tragweite eines Postpositionsvertrages im Konkurse. Aufnahme des Rechtsstreits durch den Gemeinschuldner. Fo. 43/1884.

Die Ehefrau des Kaufmanns A. in T. meldete im Konkurse über das Vermögen ihres Mannes eine Dotalforderung von 3600 Mk. an, indem sie dafür unter Bezugnahme auf das von dem zuständigen Amtsgerichte geführte Vorrechtsregister das Vorrecht aus § 13 des Einführungs-Gesetzes zur Konkurs-Ordnung geltend machte. Bei der Prüfungsverhandlung wurden Existenz und Vorrecht dieser Forderung von dem Kaufmann W. F. in R. bestritten. Die A. erhob deshalb gegen F. die Feststellungsklage auf Anerkennung ihres Anspruchs. Im Laufe des Verfahrens beschränkte der Beklagte seinen Widerspruch auf die Vorschützung einer exceptio doli, gegründet auf einen ihm von der Klägerin ausgestellten Revers folgenden Inhalts:

„Bezüglich aller Forderungen, welche Herr Kaufmann W. F. aus R. gegen meinen Ehemann, den Kaufmann M. A. zu T. erworben hat oder in Zukunft erwerben wird, verzichte ich Herrn W. F. gegenüber auf dasjenige Vorzugsrecht, welches mir wegen meiner dos und wegen meiner Illaten an dem Vermögen meines Ehemannes zusteht."

Danach gehe er mit seinen, in Höhe von 3000 Mk. allseitig anerkannten und in diesem Betrage die ganze Konkursmasse erschöpfenden, Forderungen der Klägerin vor. Er beantragte zugleich widerklagend, die Widerbeklagte zur Duldung seiner Vorabbefriedigung zu verurteilen.

Das erstinstanzliche Gericht erkannte der Klagbitte gemäß und wies die Widerklage als unzulässig ab.

Während der Berufungsinstanz wurde über das Vermögen des Beklagten und Berufungsklägers der Konkurs eröffnet und die Klägerin bestritt deshalb, daß der Beklagte noch zur Sache legitimiert sei. Derselbe hatte seine im Konkurse des A. angemeldete Forderung inzwischen einem Dritten cediert, auch hatte aus diesem Grunde der für seinen Konkurs bestellte Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits abgelehnt.

Durch Urteil vom 30. Mai 1885 erklärte das Oberlandesgericht unter Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung die von der Klägerin und Widerbeklagten in dem Konkurse über das Vermögen des Kaufmanns M. A. zu T. angemeldete Forderung auf Höhe von 3600 Mk., in Buchstaben Dreitausend sechshundert Mark, und mit dem im § 19 Nr. 1 der Mecklenburg-Strelitz'schen Verordnung zur Ausführung der Konkursordnung vom 26. Mai 1879 bestimmten Vorrechte mit der Einschränkung für festgestellt, daß dieses Vorrecht dem Beklagten und Widerkläger gegenüber in Bezug auf die von diesem in demselben Konkurse angemeldete Forderung Nr. 28 der Tabelle auf Höhe von 3000 Mk., in Buchstaben Dreitausend Mark, keine Geltung hat.

Gründe.

In dem vorliegenden Rechtsstreite handelt es sich darum, ob die klägerische Dotalforderung, deren Grund und Betrag nunmehr auch vom Beklagten anerkannt ist, vor der Forderung des Beklagten an den klägerischen Ehemann, oder ob diese Forderung vor jener Forderung ein Vorrecht in dem Konkurse über das Vermögen des Letzteren habe. Die ebenerwähnte Forderung des Beklagten würde, wenn dieselbe nicht von diesem an den Kaufmann G. cediert wäre, zur Konkursmasse des Beklagten gehören. Der Streit um das Vorrecht der klägerischen Forderung und der beklagtischen Forderung vor einander würde daher, wenn die letztgedachte Forderung nicht vom Beklagten cediert wäre, ebenfalls das zur Konkursmasse des Beklagten gehörige Vermögen betreffen. Es ist deshalb, da der Konkursverwalter in dem über das Vermögen des Beklagten eröffneten Konkurse die Aufnahme des Rechtsstreits gegen die Klägerin und Widerbeklagte wegen des fraglichen Vorrechts für die von ihm verwaltete Konkursmasse abgelehnt hat, der Beklagte und Widerkläger auch als Gemeinschuldner in Beihalt des § 8 Abs. 2 der Konkursordnung, — abgesehen von der Cession seiner Forderung, — zur Aufnahme des Rechtsstreits befugt. Wenn auch der Rechtsstreit durch die von der Klägerin erhobene Feststellungsklage gegen den Beklagten anhängig geworden, so trifft doch keine der übrigen Voraussetzungen des § 9 der Konkursordnung zu, daß nämlich die gegen den Gemeinschuldner anhängige Rechtsstreitigkeit auf Aussonderung eines Gegenstandes aus der Konkursmasse oder auf abgesonderte Befriedigung gerichtet sei, oder einen Anspruch betreffe, welcher als Massenschuld zu erachten sei. Der ebencitierte § findet deshalb auf den vorliegenden Fall keine Anwendung, und war somit für den Verwalter in dem Konkurse über das Vermögen des Beklagten nicht die Alternative gegeben, daß derselbe entweder den Rechtsstreit aufnehmen oder sich sachfällig erklären mußte. Zwar erwähnt der vorher citierte § seinem Wortlaute nach nur Rechtsstreitigkeiten über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen, welche für den Gemeinschuldner anhängig sind, und derselbe bezielt damit Rechtsstreitigkeiten, welche vom Gemeinschuldner durch eine von ihm erhobene Klage oder

Widerklage anhängig gemacht worden. Aber der Beklagte hat seine Forderung an den klägerischen Ehemann durch die von ihm in dem Konkursverfahren über das Vermögen des Letzteren erfolgte Anmeldung geltend gemacht, und die von der Klägerin gegen ihn erhobene Klage ist nur auf Feststellung ihrer Forderung und des dafür beanspruchten Vorrechts gerichtet. Dieser Feststellungsstreit berührt ein Activum des beklagtischen Vermögens, und in demselben wird die Konkursforderung des Beklagten gegen die Konkursforderung der Klägerin und das von dieser beanspruchte Vorrecht verteidigt. Dieser Streit ist daher füglich auch unter den § 8 der Konkursordnung zu subsumieren. Es ergiebt sich jedoch auch, abgesehen von dem Wortlaut dieses §, schon daraus, daß die Konkursordnung dem Gemeinschuldner nur die Befugnis entzieht, unmittelbar oder mittelbar über die Konkursmasse zu verfügen, daß im Uebrigen aber seine Handlungsfähigkeit keine Beschränkung erleidet, die Folge, daß, nachdem der Konkursverwalter die Aufnahme des vorliegenden Rechtsstreits für die Konkursmasse abgelehnt hat, weil er die betreffende Forderung des Beklagten in Folge der von diesem geschehenen Cession als nicht mehr zur Konkursmasse gehörig anerkennt, das Konkursverfahren über das Vermögen des Beklagten nicht der Fortführung des fraglichen Rechtsstreits durch diesen entgegensteht.

Auch die Cession der beklagtischen Forderung schließt die Fortführung der Widerklage durch den Beklagten nicht aus. Zufolge § 236 der Civilprozeßordnung hat die Cession eines rechtshängigen Anspruchs auf den Prozeß keinen Einfluß, und ist die Entscheidung in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam. Von der Widerbeklagten ist weder behauptet, daß die fragliche Cession seitens des Widerklägers schon vor der Erhebung der Widerklage geschehen sei, noch daß von dem Cessionar die Cession dem Konkursverwalter über das Vermögen ihres Ehemannes oder ihr denunziert sei. Sie hat vielmehr selbst erklärt, daß ihr in Betreff der Cession nur die gegnerischen Schriftsätze 20 und 21 II mitgeteilt seien. In dem Schriftsatze 20 II hat der Beklagte in Verbindung mit der Anzeige, daß er in Konkurs gerathen sei, und daß der Konkursverwalter sich bisher nicht

über die Aufnahme des Rechtsstreits erklärt habe, angeführt, daß demselben nachgewiesen sei, daß der Rechtsstreit von ihm nur im Interesse für den vorerwähnten Kaufmann G. geführt werde, dem die bezügliche bevorrechtigte Forderung von ihm cediert sei. In dem Schriftsatze 21 II nimmt der Beklagte und Widerkläger, indem er durch den oben bereits erwähnten Brief des Konkursverwalter doziert, daß dieser unter Anerkennung des G.'schen Anspruchs die Aufnahme des Rechtsstreits abgelehnt habe, durch Ladung der Gegnerin den Rechtsstreit auf. Durch die in dem ersterwähnten Schriftsatze des Widerklägers der Widerbeklagten zugegangenen Mittheilung von der fraglichen Cession ist das Recht des Widerklägers zur Geltendmachung der betreffenden Forderung gegenüber der Widerbeklagten nicht ausgeschlossen. Ihr bloßes Bestreiten, daß der Kaufmann G. mit der Fortführung des Rechtsstreits durch den Beklagten einverstanden sei, ist von keinem rechtlichen Einfluß.

Der Auffassung des Vorgerichts, daß die Klägerin durch den von ihr unterm 9. Juli 1879 ausgestellten Revers dem Beklagten das Recht eingeräumt habe, ihr Liquidat zu seiner Befriedigung zu verwenden, und der auf diese Auffassung gestützten Annahme, daß eine Voraussetzung zur Geltendmachung des dem Beklagten eingeräumten Rechts gerade die sei, daß die Klägerin in der Konkursmasse lociert werde, kann nicht beigetreten werden. Der fragliche Revers enthält lediglich einen Verzicht der Klägerin auf das ihr wegen ihrer Dos an dem Vermögen ihres Ehemannes zustehende Vorzugsrecht zu Gunsten des Beklagten für dessen Forderungen an ihren Ehemann. Es liegt hier nicht ein Vertrag vor, durch welchen der Promittent dem Promissar ein Eintreten des Letzteren in seine Stelle verheißt, sondern nur die Aufgabe eines Vorzugsrecht zu dem Erfolge, daß der Beklagte dasjenige aus eigenem Rechte im Konkurse erhalte, was auf ihn fallen würde, wenn die bevorrechtigte, ihm vorgehende Forderung nicht vorhanden wäre. Hierin liegt nicht die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit. Auch ist der fragliche Verzicht nicht contra jus publicum. Durch das Gesetz von Anastasius in der l. 21 Cod. ad S. C. Vellejanum (4, 29), welches auch Justinian in der l. un. C.

de rei uxoriae act. (5, 13) bei Besprechung der Veräußerung des fundus dotalis bestätigt, ist entschieden, daß der Verzicht einer Frau auf den ihr zustehenden Pfandvorzug zu Gunsten einer bestimmten Forderung oder einer bestimmten Person gültig und nicht als Intercession zu behandeln sei. Cfr. Dernburg Pfandrecht Bd. I Seite 392 und 393, vgl. auch Bd. II Seite 478. Windscheid Pandekten 4. Auflage Bd. II § 485 Seite 823. Schlayer im Archiv für civilistische Praxis Bd. 49 Seite 238 ff. Entscheidungen des O.-A.-Gerichts zu Rostock Bd. IX Seite 154. Vgl. auch Urteil des O.-L.-Gerichts zu Stuttgart im Archiv für civilistische Praxis Bd. 68 Seite 78—84. Ein reiner Verzicht auf die bessere Stelle liegt nicht in der Absicht der Kontrahenten, denn das Geschäft soll Dritten keinen Nutzen bringen. Cfr. Trotsche Meckl. Civilprozeß Bd. II Seite 497—499. Auch ist in der citierten l. 21 ausdrücklich hervorgehoben, daß der laut derselben für zulässig erklärte Verzicht nur denjenigen Personen zu statten kommen solle, zu deren Vorteil derselbe geschehen ist, daß selbst eine generelle Entsagung immer nur auf den speziellen Fall, für den sie erteilt wurde, eingeschränkt werde, . . . „ita tamen, ut“ . . . „eadem renuntiatio ad illos contractus et illas res seu personas, quibus consensum proprium accommodaverunt vel accommodaverint, coarctetur, ne aliis quibusdam contractibus, quibus minime mulieres consenserunt vel consenserint, praetendentibus eam opponendi licentia praebeatur.“ Es bleibt also der fragliche Pfandvorzug anderen Forderungen oder anderen Personen gegenüber in Kraft.

Demzufolge ist das von der Klägerin für ihre Dotalforderung beanspruchte Vorrecht nur mit der Einschränkung anzuerkennen, daß dasselbe dem Beklagten gegenüber in Bezug auf die von diesem angemeldete Forderung zu deren von der Klägerin zugestandenen Höhe von 3000 Mk. keine Geltung habe.

Die Bestimmung des § 135 der Konkursordnung: „Soweit durch ein Urteil rechtskräftig eine Forderung festgestellt oder ein Widerspruch für begründet erklärt ist, wirkt dasselbe gegenüber allen Konkursgläubigern,“ geht zwar davon aus, daß das fragliche

Rechtsverhältnis den mehreren Gläubigern gegenüber nur einheitlich festgestellt werden könne. Eine streitig gebliebene Forderung ist daher nur dann durch Urteil für festgestellt zu erklären, wenn der Widerspruch Aller, welche sie im Prüfungstermine bestritten haben, beseitigt ist, und es wird, wenn auch nur infolge des Widerspruches Eines der Bestreitenden der angemeldete Anspruch für nicht begründet erklärt wird, hiedurch die Zulässigkeit der Feststellung zu Gunsten aller Konkursgläubiger beseitigt. Aber diese Regel, welche den Streit über die Frage bezielt, ob die angemeldete Forderung und beziehungsweise das dafür beanspruchte Vorrecht überhaupt begründet sei, hat nicht zur Folge, daß der Verzicht auf das an sich begründete Vorrecht zu Gunsten der Forderung eines einzelnen Gläubigers ungeachtet der civilrechtlichen Gültigkeit eines solchen Verzichts keine Wirksamkeit mehr habe. Vielmehr ist die Wirksamkeit eines solchen Verzichts durch entsprechende Einschränkung der Geltung des fraglichen Vorrechts bei der Feststellung der betreffenden Forderung aufrecht zu erhalten. Demgemäß ist die klägerische Forderung und das dafür beanspruchte Vorrecht nur mit der obenerwähnten Einschränkung der Geltung dieses Vorrechts festzustellen.

Durch diese Einschränkung der Feststellung findet auch die Widerklage, welche, da der fragliche Gegenanspruch mit den gegen den in der Klage geltend gemachten Anspruch vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht, nach § 33 der Civilprozeßordnung für zulässig zu erkennen war, ihre Erledigung.

Die hiergegen eingelegte Revision ist durch reichsgerichtliches Urteil vom 18. Januar 1886 zurückgewiesen.

---

8. Anfechtungsklage. Ko. 90/1886.

Die Ehefrau des Färbers K. in R., welcher Ende Mai 1885 seinen Wohnort verließ, hatte kurz zuvor, am 26., eine durch einen Notar beglaubigte. die sofortige Zwangsvollstreckung verwillkürende Darlehnsschuldverschreibung über 1500 Mk. ausgestellt, welche an demselben Tage für den Gläubiger Tuchmacher Kl. in S. von dem Notar mit der Vollstreckungsklausel versehen wurde,

Demnächst hatte Kl. in der Wohnung der Eheleute K., welche in beerbter Ehe nach lübischem Güterrecht lebten, zum Hausrat gehörende Gegenstände im Taxwerte von 552 Mk. pfänden lassen. Der Kaufmann E. in R., welcher eine vollstreckbare Wechselforderung von 500 Mk. gegen den Färber K. hatte, widersprach und beantragte klagend gegen den Tuchmacher Kl.:

die Pfändung als dem Kläger gegenüber unwirksam aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, die gepfändeten Sachen dem Kläger gegenüber aus dem Pfandnexus zu entlassen.

Zur Begründung des Anspruchs berief er sich, abgesehen von anderen in beiden Instanzen als unerheblich zurückgewiesenen Rechtsbehauptungen insbesondere darauf, daß die Ehefrau K. im Einvernehmen mit ihrem Manne die Urkunde vom 26. Mai 1885 in der dem Beklagten bekannten Absicht, die Gläubiger der Eheleute K. zu benachteiligen, ausgestellt habe. Die darin dokumentierte Forderung von 1500 Mk. sei lediglich zu dem Zwecke fingiert, damit Beklagter das K.'sche Mobiliar pfände und den Erlös den Eheleuten wieder zustelle.

In erster Instanz wurde der Beklagte dem Antrage gemäß verurteilt das Oberlandesgericht hob aber durch Erkenntnis vom 1. April 1886 diese Entscheidung auf und wies die Klage ab.

Gründe.

Es steht nur noch zur Frage, ob die erhobene Klage, soweit dieselbe auf die Bestimmung des § 3 Nr. 1 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 gestützt worden, begründet ist.

In thatsächlicher Hinsicht ist in dieser Richtung vom Kläger ausweislich des Thatbestandes des ersten Urteils darauf Bezug genommen, daß die für vollstreckbar erklärte notariell beglaubigte Schuldurkunde vom 26. Mai 1885, auf Grund welcher der Beklagte am 9. Juni 1885 gegen die Schuldnerin die Mobiliarpfändung durch den Gerichtsvollzieher habe vornehmen lassen, von der Frau K. im Einverständnisse mit ihrem Ehemann, welcher sich zuvor nach der Möglichkeit der Ausstellung einer solchen vollstreckbaren Urkunde erkundigt, in der dem Beklagten bekannten Absicht ausgestellt sei, die Gläubiger der K.'schen Eheleute zu benachteiligen, und daß die in der bezeichneten Urkunde verbriefte Forderung, da der Beklagte gegen die K.'schen Eheleute überhaupt keinerlei Ansprüche gehabt habe, lediglich fingiert sei, und zwar in der Absicht, daß Beklagter das vorhandene Mobiliarvermögen der K.'schen Eheleute pfänden und verkaufen lasse, um alsdann den Erlös den

genannten Eheleuten, von welchen der Mann bereits Ende Mai und die Frau im Laufe des Prozesses den bisherigen Wohnort verlassen habe, nachzusenden.

Diese Thatsachen sind aber, entgegen der Annahme des ersten Gerichts, zur Begründung der Anfechtungsklage nicht geeignet.

Denn der vollstreckbare Schuldtitel, auf welchen der Kläger sich zur Begründung seines Gläubigerrechts stützt, beruht auf einer am 17. Juni 1885 vom Kläger gegen den Färber K. zu R. erworbenen Wechselforderung von 500 Mk. Schuldner des Klägers im Sinne der §§ 1 und 2 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 ist also der genannte Ehemann K., und nur die Rechtshandlungen dieses seines Schuldners ist Kläger in Maßgabe der Bestimmungen des angeführten Gesetzes anzufechten berechtigt. Die Handlung aber, welche der Kläger dem Beklagten gegenüber anfechten will, stellt sich dar als eine Rechtshandlung der Ehefrau K., da diese die erwähnte vollstreckbare Urkunde ausgestellt hat und gegen dieselbe die Pfändung am 9. Juni 1885 zu einer Zeit, als ihr Ehemann die Stadt R. bereits verlassen hatte, vollzogen ist. Auch der Umstand, daß die K.'schen Eheleute in beerbter Ehe nach lübischem ehelichen Güterrecht lebten, verändert diese Sachlage nicht, denn es steht in der einheimischen Rechtsprechung fest, daß das genannte Güterrecht nur eine Verhaftung des in die eheliche Gemeinschaft gebrachten Vermögens der Ehefrau für die Schulden des Ehemannes statuiert, nicht aber die Ehefrau persönlich zur Schuldnerin der Gläubiger ihres Ehemannes macht. Demgemäß kann auch nach lübischem ehelichen Güterrecht die Ehefrau nicht als Schuldnerin des Gläubigers ihres Ehemannes im Sinne der Vorschriften der §§ 1 und 2 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 angesehen und behandelt werden, und erscheint der Gläubiger des Ehemannes nicht ohne Weiteres als befugt, die Rechtshandlungen der mit seinem Schuldner in der sogenannten Gütergemeinschaft des lübischen Rechts lebenden Ehefrau anzufechten, ganz abgesehen davon, ob die Annahme des Vorgerichts, der von dem Kläger gegen den Ehemann K. erlangte vollstreckbare Schuldtitel sei auch gegen die Ehefrau K. in die zur ehelichen Gemeinschaft gebrachten

Sachen vollstreckbar, mit den Vorschriften des § 671 der Civilprozeßordnung

— vgl. Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung § 671 Note 2 —

vereinbar ist.

Anders würde die Sache nur dann liegen, wenn die Frau K. inbezug auf die zur Frage stehende Rechtshandlung lediglich als Vertreterin ihres Ehemannes angesehen werden könnte und auch erkennbar als solche gegenüber dem Beklagten gehandelt hätte. — Vgl. v. Völderndorff, Kommentar zum Anfechtungsgesetz S. 18 unter b; v. Wilmowsky, Kommentar zur Konkursordnung, 3. Auflage S. 509 — Note 1. —

Eine gesetzliche Vertretungsbefugnis der Ehefrau dahin, daß ihre Rechtsgeschäfte allgemein als den Ehemann berechtigend und verpflichtend anzusehen wären, besteht nach lübischem Recht nicht, und ebensowenig läßt sich aus der in Frage stehenden vollstreckbaren Urkunde irgend etwas dafür entnehmen, daß durch dieselbe nicht die Ehefrau K., sondern lediglich deren Ehemann habe verpflichtet werden sollen und dem Beklagten gegenüber auch wirklich verpflichtet sei. Die klägerische Angabe, die K. habe die Urkunde im Einverständnis mit ihrem Ehemann ausgestellt, kann zur Begründung eines Vertretungsverhältnisses nicht ausreichen.

Demnach kann die Ausstellung der Urkunde vom 26. Mai 1885 seitens der Ehefrau K. auch aus dem an sich zulässigen Gesichtspunkt einer Stellvertretung nicht als eine Rechtshandlung des Ehemannes K. und damit als eine Rechtshandlung des Schuldners des Klägers, wie solche Voraussetzung des Anfechtungsanspruchs ist, angesehen werden.

Vgl. Cosack, das Anfechtungsrecht der Gläubiger, Seite 96 unter b und 97.

Auch der vom Kläger geltend gemachte Gesichtspunkt, daß die Ausstellung der bezeichneten vollstreckbaren Urkunde lediglich ein Scheingeschäft darstelle, kann, selbst wenn man annehmen will, daß auch simulierte Geschäfte einer Anfechtung in Maßgabe der Vorschriften des Gesetzes vom 21. Juli 1879 unterzogen werden dürfen,

— vgl. über diese Streitfrage Korn, Anfechtung rc. Nr.

XXVI 2. Aufl. S. 206 ff.; Hartmann, Kommentar zum Anfechtungsgesetz, S. 38 Nr. 9; v. Völderndorf a. a. O. S. 21 ff.; Cosack a. a. O. S. 109 — nicht zur Aufrechterhaltung der Klage dienen, weil das Scheingeschäft sich ebenfalls als eine Handlung der Ehefrau K. mithin nicht als eine solche des Schuldners des Klägers, des Färbers K., charakterisiert.

Dieselbe Erwägung, daß es sich um die Rechtshandlung eines Dritten, nicht um eine solche des Schuldners handelt, würde der Klage übrigens auch dann entgegenstehen, wenn man mit v. Völderndorf a. a. O. S. 24 und dem Reichsgericht Bd. IV der Entscheidungen S. 253 und 254 gegen Korn a. a. O. S. 210 ff. annehmen könnte und wollte, daß der Gläubiger, auch abgesehen von dem Vorliegen der Voraussetzungen des Anfechtungsgesetzes, sein Befriedigungsrecht gegen denjenigen, welchem Vermögensobjekte auf Grund eines Scheingeschäfts vom Schuldner übertragen sind, direkt im Wege der Klage geltend machen könne, ohne daß es dazu der zuvorigen Überweisung der dem Schuldner gegen den betreffenden Scheinkontrahenten zustehenden Rückforderungsrechte an den Gläubiger bedürfte, eine Ansicht, welche übrigens vom gemeinrechtlichen Standpunkte aus kaum gerechtfertigt erscheint.

---

9. Verpfändung von Stadtbuchschriften. Cessio in securitatem. Ri. 74/1886.

Die Ehefrau M. in B. hatte mehrere auf ihren Namen lautende Stadtbuchschriften dem Müller H. übergeben, damit derselbe diese Wertpapiere zur Sicherstellung einer Darlehnsschuld bei seinem Gläubiger, dem Vorschußverein in R., hinterlege. Jedem dieser Dokumente war ein den eigenhändig geschriebenen Namen der M. enthaltender, übrigens unbeschriebener Bogen Papier angeheftet. Da H. das Darlehn zur Zeit der Fälligkeit nicht zurückzahlen konnte, realisierte der Vorschußverein die eine der 7 Stadtbuchschriften und ließ die 6 andern auf seinen Namen umschreiben, nachdem er zuvor die Blankette über der Namensschrift der M. mit einer ihn als Cessionar nennenden Cessionsakte ausgefüllt hatte. — Die M. klagte gegen den Vorschußverein auf Zahlung der vom Beklagten beigetriebenen Summe und auf Rückcession der noch unreali-

fierten Stadtbuchschriften. In erster Instanz erging ein bedingtes Endurteil, welches den Vorstehern des beklagtischen Vereins den Eid auflegte: sie hätten nicht gewußt, daß die fraglichen Papiere von der Klägerin dem H. nur zur Hinterlegung als Sicherheit für die Darlehnsschuld des H. von 10 000 Mk. hingegeben seien. In der Berufungsinstanz wurde der Beklagte durch Urteil vom 14. April 1886 sofort rein verurteilt.

Gründe.

1. In Übereinstimmung mit den Gründen des angefochtenen Urteils ist durch das eidliche Zeugnis des Ehemannes der Klägerin und des H. als erwiesen anzusehen, daß die Klägerin die im Klagschriftsatze bezeichneten 8 Stadtbuchschriften bezw. Hypothekenscheine dem H. nur zu dem Zwecke übergeben hat, um dieselben für seine, des H., Schuld gegen den Beklagten von 10 000 Mk. bei diesem zu hinterlegen. Die bewilligte Hinterlegung aber sollte, wie auch das Urteil erster Instanz annimmt, nach dem Willen der Klägerin nur den Inhalt haben, daß der Beklagte an den Wertpapieren ein Pfandrecht im eigentlichen Sinne des Wortes erhalten sollte, daß also die Klägerin auch nicht einmal eine fiduciarische Übertragung ihres Rechtes mit lediglich persönlicher Berechtigung auf Rückcession der zu Eigentum voll übertragenen Papiere, die s. g. cessio in securitatem, beabsichtigte. Das letztere, wenn auch im Rechtsleben bei Hinterlegung von Wertpapieren häufig vorkommende Rechtsgeschäft ist als das verwickeltere, mindestens dem Laien minder geläufig, und daher ohne Weiteres niemals anzunehmen, daß der Wille desjenigen, der sich zur Bestellung einer Sicherheit bereit erklärt, auf dasselbe gerichtet sei. Überdies enthält die bloße Verpfändung gegenüber der fiduciarischen Übertragung zum Zwecke der Sicherheitsbestellung für den Hinterlegenden, indem er im ersteren Falle Inhaber der Forderung bleibt, während er im letzteren lediglich persönliche Berechtigung gegen den gesicherten Gläubiger geltend machen kann, inhaltlich die geringere Belastung oder die geringere Aufgabe in Betreff der ihm zustehenden Rechte, und ist schon deshalb im Zweifelsfalle nur Pfandbestellung als beabsichtigt und daher als vereinbart anzusehen.

2. Wenn trotzdem das angefochtene Urteil eine Eigentumscession als vorliegend und daher nur in Grundlage eines beson-

deren, von der Klägerin zu führenden Beweises deren Antrag als begründet ansieht, so kann dem nicht beigestimmt werden, schon weil der Ausgangspunkt der desfallsigen Ausführung, daß nämlich der Beklagte die Erklärung, wie sie von der Klägerin abgegeben sei, als auf Cession zu vollem Rechte, wenn auch nur auf fiduciarische gerichtet, hätte ansehen dürfen, nicht gebilligt werden kann. Denn die Klägerin gab ihre Wertpapiere dem H. zwecks Hinterlegung für dessen Schuld nicht mit Blanko-Cessionsakten, d. h. mit auf vollständige Cession gerichteten, lediglich den Namen des Cessionars für die Ausfüllung freilassenden Urkunden hin, sondern mit reinen Blanketten, d. h. mit im Übrigen unbeschriebenen Bogen, auf denen sich nur die Namensunterschrift der Klägerin befand. Solche Blankette enthalten nun aber, im Gegensatze zu den zuvor erwähnten Blankocessionsakten gar keinen Hinweis darauf, zu welchem Rechtsakte der Empfänger derselben ermächtigt sein soll, sie konnten zu allen Rechtsakten bestimmt sein, ja sogar zu Rechtsakten, die sich auf die daneben befindlichen Urkunden über intabulierte Forderungen gar nicht bezogen. So wenig der Empfänger solcher Blankette sich zur Ausfüllung derselben in der letzteren Art, z. B. also zur Herstellung von Wechselverpflichtungen, ohne Weiteres befugt erachten konnte, ebensowenig war er veranlaßt, dieselben ohne Weiteres dahin zu verstehen, daß er sie zu unbeschränkten Cessionsakten für sich benutzen dürfe. Sie konnten freilich zu solchen bestimmt sein, es lag aber ebenso nahe anzunehmen, daß die Ausstellerin der Blankette durch dieselben nur Verpfändungen im eigentlichen Sinne gestatten wollte, sei es dahin, daß dieselben mit Verpfändungsakten ausgestellt wurden, oder daß auf sie eine Ermächtigung, oder gar nur eine Vollmacht für den H., die Verpfändung vornehmen zu dürfen, gesetzt werden sollte. Die Annahme des angefochtenen Urteils, daß es im Geschäftsverkehr im hiesigen Lande allgemein für genügend erachtet werde, mittels Blankette der hier fraglichen Art Blankocessionen zu Hypothekenscheinen zu erteilen, kann nach dem Vorstehenden, ohne daß es der Aufnahme des vom Beklagten dafür angebotenen Sachverständigen-Beweises bedarf, als richtig nicht anerkannt werden. Mag immerhin in einzelnen Fällen, wenn der Erteiler des

Blanketts dasselbe für reine Cessionen bestimmt hat, dessen Ausfüllung dieser anderweitig feststehenden Bestimmung gemäß die Ordnung der Sache zulassen, geschäftsüblich ist es sicherlich nicht, und kann es nicht sein, Blankette ohne Weiteres als zu Blankocessionen verwendbar anzusehen.

3. Hiernach war es denn Pflicht der Vertreter des Beklagten, vor Ausfüllung der ihre Bestimmung nicht andeutenden Blankette festzustellen, worauf der Wille der Klägerin gerichtet war, und kann der Klägerin nicht entgegengehalten werden, daß sie den Beklagten schuldvoll durch die Form ihrer Erklärung zu der Annahme, sie habe Cessionen erteilen wollen, verleitet hat. Die Erkundigungspflicht in dieser Hinsicht traf die Vertreter des Beklagten vorliegenden Falls umsomehr, da sie wußten, daß die Schuld, für welche die Hinterlegung erfolgte, eine der Klägerin fremde war, und sie aus den Wertpapieren selbst, sowie aus den Blanketten ersehen konnten, bzw. ersehen mußten, daß ein Frauenzimmer für die Schuld eines Andern eintrat, oder miteintrat, für welchen Fall die L. 17 pr. D. ad S. C. Vell. (16, 1) den Gläubiger ausdrücklich darauf hinweist, daß er nähere Nachforschungen anstelle, und, falls er solches unterlassen hat, zu Ungunsten desselben das materiell unterliegende Verhältnis als schlechthin entscheidend angesehen, darnach aber das vellejanische Senatskonsult angewendet wissen will. —

4. War somit nach dem Vorstehenden der Wille der Klägerin bei Hingabe ihrer Wertpapiere zwecks Hinterlegung derselben für die Schuld des H. nur auf Verpfändung gerichtet, und durften die Vertreter des Beklagten nach der von der Klägerin abgegebenen Erklärung eine weitergehende Aufgabe ihrer Rechte nicht annehmen, namentlich nicht nach Lage der Sache und ohne ihrerseitige, schuldvoll von ihnen unterlassene Erkundigung, so war die Verurteilung, wie sie ausgesprochen ist, geboten. Denn bei einer bloßen Verpfändung Seitens des Klägers, selbst wenn, was nach den Parteierklärungen feststeht, die obligatorische Schuld fällig geworden, war dem Beklagten als Gläubiger nicht gestattet, die verpfändeten Forderungen ohne Weiteres auf sich umschreiben zu lassen, und zu diesem Zwecke die Blankette mittels Ausfüllung derselben durch

Vollcessionen, zu welchen sie nicht bestimmt waren, zu verwenden. Durch ein solches Vorgehen überschritten die Vertreter des Beklagten ihre Befugnisse gegenüber der Klägerin und kann Letztere daher solche Überschreitung rückgängig machen. Sicherlich gilt dies, wenn man annimmt, daß die Verpfändung direkt von der Klägerin durch den H. als ihren Boten oder Stellvertreter erfolgte, aber nicht minder auch dann, wenn der Genannte eine unwiderrufliche Ermächtigung von der Klägerin erhielt, im eignen, also des H., Namen die klägerischen Wertpapiere zu verpfänden. In beiden Fällen besteht nämlich ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten, in jenem ein vertragsmäßiges, in diesem ein durch das unberechtigte Handeln der Vertreter des Beklagten hervorgerufenes gesetzliches, der ungerechtfertigten Bereicherung aus dem Vermögen der Klägerin, so daß der § 36, 4 der revidierten Stadtbuchordnung vom 21. Dezember 1857 bzw. der § 32, 4 des Gesetzes über die Grund- und Hypothekenbücher in den Domänen vom 2. Januar 1854, — welche, da geständigermaßen alle Papiere umgeschrieben sind, eventuell normieren würden, — der Klage nicht entgegenstehen auch nicht, wenn man mit Tschierpe, Erörterungen zur revidierten Hypotheken-Ordnung über Landgüter, S. 155 und 179, im Gegensatze zu v. Meibom, Mecklenb. Hypothekenrecht § 29 Note 35 und Text dazu, annehmen wollte, daß die Berufung auf die Intercessionsvorschriften der Frauen nach den allegierten gesetzlichen Bestimmungen nicht bloß gegenüber der Klage des Gläubigers aus den Hypothekenscheinen, sondern generell, also selbst für das Rechtsverhältnis zwischen dem Cedenten und dem Cessionar nach erfolgter Umschreibung, und zwar sogar dann, wenn die Umschreibung ohne Antrag des Cedenten beschafft ward, ausgeschlossen sein sollte. Denn allemal würde auch dann dem Inhaber des Hypothekenscheins nicht gestattet sein können, daß er eine bloß zur Pfandbestellung bestimmte Urkunde zur Cession umwandelt bzw. verwendet, und dadurch die nach der einheimischen Verordnung vom 16. Mai 1857 betr. die Bürgschaften der Frauenzimmer vorliegenden Falles nichtige Pfandbestellung unbefugter Weise durch Umschreibung zur unanfechtbaren macht. Wären die Blankette als

Verpfändungsakten ausgefüllt worden, so würden die Hypothekenbehörden der ihnen im § 3 I a. E. der Verordnung vom 16. Mai 1857 erteilten Anweisung gemäß, da offensichtlich Pfandbestellung für fremde Schuld Seitens eines Frauenzimmers vorgelegen haben würde, die Hypothekenforderungen auf den Namen des Beklagten nicht umgeschrieben haben, ohnehin kann bei bloßen Verpfändungsakten der verpfändete Hypothekenschein auf den Pfandgläubiger nicht ohne Konsens des Verpfänders umgeschrieben werden, vgl. v. Meibom, Mecklenb. Hypothekenrecht § 29 Ziffer 1 S. 241 und § 31 S. 255—257. Führt aber schon diese Deduktion zum Siege der Klägerin, und zwar, da die Vorschriften der zuletzt angezogenen Verordnung nicht gewahrt sind, wegen der Nichtigkeit der Pfandbestellung zum definitiven Siege derselben, so kann nicht nur die vorstehend erwähnte Kontroverse über die Tragweite der §§ 36, 4 bzw. 32, 4 der vorher erwähnten Hypothekengesetze, sondern auch die Frage, ob nicht selbst bei einer cessio in securitatem, wegen des mit solchem Rechtsgeschäfte verfolgten Zweckes, gleich wie bei einer wirklichen Pfandbestellung, die Anwendung der Vorschriften der Verordnung vom 16. Mai 1857 schlechthin, oder doch mindestens bei ohne Antrag des Cedenten erfolgter Umschreibung, geboten sein würde, unerörtert bleiben.

Durch reichsgerichtliches Urteil vom 13. Oktober 1886 ist die hiergegen eingelegte Revision zurückgewiesen.

---

10. § 24 der Verordnung vom 13. Januar 1862 betreffend die Regulierung der bäuerlichen Verhältnisse in den Gütern der Ritter- und Landschaft. Po. 37/1886.

Zu dem im Jahre 1779 mit einem immerwährenden Familienfideikommisse belegten Lehngute N. gehören 10 Bauerstellen, deren Inhaber am 11. Juli 1812 nach langem Streite mit der Gutsherrschaft einen die gesamten gegenseitigen Rechtsverhältnisse regelnden Vergleich schlossen. Die landes- und lehnsherrliche Bestätigung erfolgte am 26. Oktober 1838 mit dem Vorbehalte,

daß durch das den Hauswirten eingeräumte Eigentum an ihren Bauerstellen diese nicht aufhören, integrierende Teile des Gutes N. zu sein und jene dem Bauernstande, welchen sie bisher angehörten, nicht entzogen werden, daß also weder in den lehen- noch überhaupt in den staatsrechtlichen Beziehungen des besagten Gutes und seiner Besitzer einige Abänderungen begründet werden.

In dem § 20 des Vergleichs von 1812 haben die N.'er Hausleute versprochen „bis zu ewigen Zeiten der Gutsherrschaft Jeder alljährlich

a. in der Heuernte einen Mäher und einen Heuer, zwei Tage lang,
b. in der Ernte des Winterkorns drei Tage einen Mäher und einen Binder, sowie
c. in der Ernte des Sommerkorns wiederum drei Tage einen Mäher und einen Binder,

und zwar unentgeltlich, auch bei eigener Kost, wenn sie dazu angesagt werden, zu schicken."

Die Gestellung dieser Arbeiter haben die Beklagten im Laufe des Jahres 1885 dem Kläger verweigert, und ihr Recht zur Weigerung darauf gestützt, daß im Jahre 1851 oder 1852 zwischen dem Gutssekretär Koch als Vertreter der Gutsherrschaft und den 10 N.'er Hauswirten eine Vereinbarung abgeschlossen sei, nach welcher Jeder der Bauern statt der in Maßgabe des angeführten § 20 des Vergleichs von 1812 zu leistenden Dienste fortan jährlich 12 Mk. an die Gutsherrschaft habe zahlen sollen, und daß zum Abschluß dieses Abkommens genannter Sekretär K. von dem derzeitigen Gutsherrn, dem Vater des Klägers, ausdrücklich bevollmächtigt, bzw. solche Abmachung von Letzterem nachträglich genehmigt worden sei.

In Folge jener Weigerung hat der Kläger, welcher den Abschluß der von den Beklagten behaupteten Vereinbarung bestreitet und dieselbe in Ermangelung eines schriftlichen, landesherrlich bestätigten, die Bestimmungen des Vergleichs von 1812 abändernden Vertrages überhaupt und speziell für sich als Fideikommiß-Nachfolger nicht für rechtsverbindlich hält, Klage erhoben und die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Gestellung der im § 20 des Vergleichs vom 11. Juli 1812 aufgeführten Ernte-Arbeiter beantragt.

Diesem Antrage hat das erstinstanzliche Gericht entsprochen. Die dagegen von den beklagten Bauern erhobene Berufung ist durch Urteil des Oberlandesgerichts am 27. Mai 1886 zurückgewiesen.

Gründe.

— — — — — — — — — — — — —

Die Entscheidung hängt wesentlich davon ab, ob die von den Beklagten vorgebrachte Einrede, daß der Inhalt des erwähnten § 20 nachträglich, nämlich in dem Jahre 1851 oder 1852 durch eine Vereinbarung zwischen der Gutsherrschaft und den Bauern dahin abgeändert sei, daß an Stelle der zu leistenden Dienste eine

jährliche Geldzahlung von 12 Mk. von Seiten jedes Bauern treten solle, begründet ist.

Zur thatsächlichen Begründung dieses Einwandes ist in gegenwärtiger Instanz konform den Feststellungen des Thatbestandes des angefochtenen Urteils nur behauptet, daß im Jahre 1851 oder 1852 zwischen dem Gutssekretär K. als Vertreter der Gutsherrschaft und den 10 N.'er Bauern vereinbart worden sei, daß anstatt der im § 20 des Vergleichs vom 11. Juli 1812 stipulierten Dienste fortan Jeder der Bauern der Gutsherrschaft vier Thaler alljährlich bezahlen solle und daß der Sekretär K. von dem derzeitigen Gutsherrn von N. dem Vater des Klägers speziell mit dem Abschluß solcher Vereinbarung beauftragt worden, beziehungsweise, daß der Letztere diese Abmachung nachträglich ausdrücklich genehmigt habe, auch sind zum Beweise dieser Thatsachen dieselben Beweismittel angeboten, wie in erster Instanz.

Läßt nun schon dies soeben wiedergegebene thatsächliche Vorbringen der Beklagten erhebliche Bedenken aufkommen, ob bei der behaupteten Vereinbarung die Absicht überhaupt und namentlich auf Seiten der Gutsherrschaft, beziehungsweise des Vertreters derselben, auf eine definitive Abänderung des § 20 des Vergleichs vom 11. Juli 1812 gerichtet war, oder ob es sich nicht vielmehr um eine nur zeitweise den dienstpflichtigen Bauern von Seiten der derzeitigen Gutsherrschaft für die Dauer ihrer Besitzzeit zugestandene Vergünstigung gehandelt hat, so können diese in Beihalt der erfolgten Beweisanerbietungen nur durch eine Beweisaufnahme zu erledigenden Bedenken doch zurückgestellt werden angesichts der rechtlichen Hindernisse, welche der Gültigkeit jener Vereinbarung, wenn dieselbe eine dauernde Abänderung des § 20 des Vergleichs bezweckt haben sollte, entgegenstehen.

Zunächst kommt in dieser Richtung die Fideikommißqualität des Gutes N., zu dessen integrierenden Bestandteilen, wie in dem im Thatbestande mitgeteilten Eingange der landes- und lehnsherrlichen Bestätigungsakte vom 26. Oktober 1838 noch ausdrücklich hervorgehoben ist, die Bauerstellen der Beklagten gehören, in Betracht. Indessen bedarf es einer Erörterung der von dem vorigen Urteil bejahten Frage, ob in der Vereinbarung von $18^{51}/_{52}$ eine

in Maßgabe des § 8 der Stiftungsakte von 1796 und des gemeinen für die Familien-Fideikommisse geltenden Rechts ungültige Veräußerung zu finden sei, ebensowenig, als eines Eingehens darauf, ob die Revokabilität solcher Veräußerung durch die in jetziger Instanz behauptete und unter Beweis gestellte Thatsache, daß der Kläger Allodialerbe seines Vaters geworden, ausgeschlossen sein würde, weil der Rechtsbeständigkeit der angeblichen Abmachung von $18^{51}/_{52}$, durch welche die den N.'er Bauern durch den Vergleich vom 11. Juli 1812 auferlegten, in natura zu prästierenden Dienste, welche sich als eine auf den Gehöften ruhende Reallast qualifizieren, in immerwährende Geldleistungen umgewandelt sein sollen, die nachstehende Erwägung entscheidend entgegensteht.

Da die Parteien über die Rechtsbeständigkeit des Vergleichs vom 11. Juli 1812, durch welchen nach voraufgegangenen langjährigen Rechtsstreitigkeiten die gesamten Rechtsverhältnisse der 10 N.'er Bauern, zu denen die Beklagten streitlos gehören, in umfassender und erschöpfender Weise geregelt wurden, einverstanden sind, und des Weiteren feststeht, daß dieser eine Regulierung der N.'er Bauern enthaltende Vergleich laut der Bestätigungsakte vom 26. Oktober 1838 nach voraufgegangener Kognition landes- und lehnsherrlich konfirmiert ist, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die N.'er Bauern im Sinne der Verordnung am 13. Januar 1862 betreffend die Regulierung der bäuerlichen Verhältnisse in den Gütern der Ritter- und Landschaft als „bisher schon mit Landesherrlicher Genehmigung regulierte Bauern" anzusehen sind und daß demgemäß auf dieselben die Vorschrift des § 24 dieser Verordnung Anwendung findet, nach welcher es sich von selbst versteht, daß es in Hinsicht der durch die bestehenden Regulative einmal festgestellten ökonomischen und pekuniären Verhältnisse zwischen Gutsherrn und Bauern dergestalt das Bewenden behält, daß an diesen Verhältnissen nur durch beiderseitiges Übereinkommen zwischen Gutsherrn und Bauern unter Landesherrlicher Genehmigung etwas geändert werden kann.

Es bedurfte also mindestens zu einer dauernden Abänderung der im § 20 des Vergleichs von 1812 festgesetzten Dienstpflicht der Beklagten der Landesherrlichen Genehmigung, ohne welche in

Beihalt des klaren Wortlauts des angeführten § 24 der Verordnung vom 13. Januar 1862 einem die regulativmäßigen Leistungen abändernden Übereinkommen rechtsverbindliche Kraft nicht beigelegt werden darf. Hiegegen kann auch mit Grund nicht eingewendet werden, daß es sich vorliegend um eine den Bauern günstige und der Tendenz des § 7 unter c. der angeführten Verordnung von 1862 entsprechende Veränderung der kontraktmäßigen Prästationen handle, während die Absicht der genannten Verordnung, welche den Schutz der Bauern gegen Übergriffe der Gutsherrschaften bezwecke, nur dahin gehen könne, den Bauern ungünstige Veränderungen zu verbieten; denn das Gesetz selbst, welches zur Regulierung des publizistischen Verhältnisses der Gutsherren zur Landesherrschaft als Trägerin der höchsten Polizeigewalt und des Oberaufsichtsrechtes, bestimmt ist, und sich seinem Inhalte nach als eine sogenannte lex perfecta darstellt, macht in Betreff seiner gebietenden und verbietenden Bestimmungen keinen Unterschied zwischen Veränderungen, welche den Bauern günstig und solchen, welche denselben nachteilig sind, sondern verbietet solche Veränderungen an den Rechtsverhältnissen der regulierten Bauern ohne Landesherrliche Genehmigung ganz allgemein.

Das Abkommen von $18^{51}/_{52}$ würde also unter allen Umständen wegen ermangelnder Landesherrlicher Genehmigung nicht rechtsverbindlich und mithin nicht geeignet sein, die landes- und lehnsherrlich bestätigten Bestimmungen des § 20 des Vergleichs vom 11. Juli 1812 zu beseitigen, beziehungsweise abzuändern und ist demgemäß die jener nichtigen Vereinbarung entnommene Einrede nicht begründet, mithin der liquide Klageanspruch durch dieselbe nicht elidiert.

---

11. **Voraussetzungen der Verwirkung einer Conventionalstrafe.** Ba. 114/1885.

Die Erbpächter des zu dem Rittergute N. gehörenden Dorfes W. haben laut § 3 der zwischen ihnen und der Gutsherrschaft bestehenden, vom 28.

August 1840 datierten und am 3. Juni 1842 landesherrlich bestätigten Erbpachtkontrakte, welche in diesem Paragraphen für alle vier Erbpachtstellen ganz gleich lauten, die Gebäude und Befriedigungen ihrer Gehöfte zu erhalten und die dazu erforderlichen Materialien auf ihre alleinigen Kosten ohne Beihülfe von Seiten der Gutsherrschaft anzuschaffen und sind, „damit es ihnen an Befriedigungsmaterialien nicht mangele, verpflichtet, sich der Weidenzucht an angemessenen Plätzen in ihren Ländereien zu befleißigen, und deshalb in den ersten sechs Jahren so viel Paten zu stoßen und in Anwuchs zu bringen, daß sie nach Ablauf des sechsten Jahres, von der Überlieferung der Erbpachtstellen an gerechnet, jederzeit mindestens 300 gesunde buschtragende Weiden auf ihren Erbpachtstellen nachweisen können, widrigenfalls sie bei der vererbpächterischerseits zu veranstaltenden Revision für jede an obiger Anzahl fehlende Weide zum Besten der Dorfarmen eine Strafe von acht Schillingen an die Gutsherrschaft erlegen müssen.“ Dabei sollen jedoch von den Erbpächtern angepflanzte Hecken, zu denen die Gutsherrschaft während der beregten sechs Jahre die Pflänzlinge gegen Vergütung des Aushebelohns herzugeben übernahm, falls dieselben von Haseln, Birken, Elbweiden oder sonstigen paßlichen Holzarten hergestellt sind, in der Weise mit in Ansatz kommen, daß eine laufende Rute für fünf Weiden angerechnet wird. —

Eine im Frühling 1884 im Auftrage des Klägers vorgenommene Revision hat ergeben, daß keiner der vier Beklagten auf seinem Gehöfte die kontraktmäßige Anzahl von 300 Weiden besitzt. Der Gutsherr fordert deshalb klagend, daß jeder der vier Beklagten für jede ihm fehlende Weide die in die jetzige Währung umgerechnete Konventionalstrafe erlege.

Die Einreden der Beklagten ergeben sich aus nachfolgenden Entscheidungsgründen zu dem Urteile des Oberlandesgerichts vom 31. Mai 1886, durch welches die Berufung des in erster Instanz abgewiesenen Klägers für unbegründet erklärt wurde.

Gegenüber dem auf Grund des § 3 der Erbpachtkontrakte vom 28. August 1840 im Zusammenhalt mit dem Zugeständnis der Beklagten, daß sie weniger als 300 Weiden auf ihren Gehöften haben, erhobenen Anspruch des Klägers auf Zahlung der kontraktlich bedungenen Strafe von 8 Schill. N.$^{2}/_{3}$ für jede fehlende Weide sind die Beklagten zunächst auf den dem § 14 ihrer Erbpachtkontrakte entnommenen Einwand der Unzulässigkeit des Rechtsweges, welchen sie ausweislich ihrer Erklärung zum landgerichtlichen Sitzungsprotokoll von 17. Dezember 1884 hatten fallen lassen, in gegenwärtiger Instanz zurückgekommen. Dieser Einwand mußte als unbegründet zurückgewiesen werden.

Denn selbst wenn man annehmen wollte, daß sich auf die Bestimmung des dritten Absatzes des § 14 der Erbpachtkontrakte, welche lautet:

> „Der gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung bleiben jedoch gänzlich und für immer entzogen alle Irrungen zwischen dem Gutsherrn und dem Erbpächter in Betreff derjenigen Kontraktsbestimmungen, welche sich auf den Umfang der Befugnisse und Verpflichtungen des Erbpächters in der Bewirtschaftung und Benutzung seiner Hufe beziehen, wobei also, der Regel nach, ein direktes Interesse des Gutsherrn überall nicht, sondern nur ein mittelbares entferntes eintritt. Solche Irrungen schlichtet vielmehr einzig und allein die Großherzogliche hohe Landesregierung"

eine wahre, mithin unverzichtbare und deshalb in der Berufungsinstanz nach § 490 der Civilprozeßordnung noch zulässige Einrede der Unzuläßigkeit des Rechtsweges im Sinne des § 247 Nr. 2 der Civilprozeßordnung — vgl. dazu Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung § 247 Note 5 und 11, sowie die in ersterer Note angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts — mit Grund stützen läßt, weil die hervorgehobene Vertragsbestimmung nicht sowohl eine der Willkür und Disposition der kontrahierenden Teile unterliegende Einsetzung der genannten Verwaltungsbehörde als Schiedsgericht enthält, sondern vielmehr einen den allgemeinen Normen des Landesrechts, über die Zuständigkeit der Administrativbehörden für die Regelung der ökonomischen Seite der bäuerlichen Verhältnisse entsprechenden, auf dem landesherrlichen Aufsichtsrechte über die Rechtsverhältnisse der ritterschaftlichen Bauern beruhenden Vorbehalt darstellt, welchem durch die Bestätigungsakte vom 3. Juni 1842 die landesherrliche Sanktion erteilt ist, so ist solche Einrede doch jedenfalls deshalb zu verwerfen, weil es sich vorliegend um Irrungen zwischen dem Gutsherrn und den Erbpächtern im Sinne des angeführten § 14 nicht handelt. Denn wenn auch eine nur im Allgemeinen hervorgehobene Verpflichtung des Erbpächters zum Anbau gewisser Arten von Kulturpflanzen, soweit solche für die Bedürfnisse des Gehöfts, beziehungsweise der

ordnungsmäßigen Instandhaltung desselben erforderlich, als unter die Vorschrift des § 14 Abs. 3 fallend angesehen werden könnte, so liegt es doch anders, sobald das Maaß und der Umfang einer solchen Verbindlichkeit durch eine ausdrückliche, jeden Zweifel ausschließende bestimmte Vertragsbestimmung fixiert sind. Dies ist aber vorliegend der Fall, weil der § 3 des Erbpachtkontraktes die klare Vorschrift enthält, daß die Erbpächter jederzeit mindestens je 300 gesunde buschtragende Weiden auf ihren Erbpachtstellen sollen nachweisen können. Durch diese Präzisierung der zunächst allgemein ausgesprochenen Verpflichtung der Erbpächter, sich der Weidenzucht an angemessenen Plätzen in ihren Ländereien zu befleißigen, damit es ihnen an Befriedigungsmaterialien nicht mangele, ist deutlich ausgesprochen, daß das Bedürfnis der Gehöfte an Weiden ein für allemal auf 300 Stück festgestellt sein sollte und die Kontrahenten darüber einig seien, daß die Anpflanzung und Erhaltung dieser Weidenzahl bei dem derzeitigen Zustande der Hufen wirtschaftlich möglich und sogar nützlich, ja geboten sei. Über den Umfang dieser im § 3 übernommenen Verpflichtungen der Erbpächter, deren Gemessenheit und strenge Bestimmtheit durch das Hinzufügen des Versprechens einer Konventionalstrafe von 8 Schillingen für jede an der festgesetzten Zahl von 300 fehlende Weide noch besonders scharf hervorgehoben wurde, konnten Irrungen, so lange der Kontrakt rechtsbeständig blieb, nicht entstehen und erscheint deshalb die Anwendbarkeit der fraglichen Vorschrift des § 14 auf dieselbe als ausgeschlossen.

Ebenso unbegründet wie der Einwand der Unzulässigkeit des Rechtsweges ist auch die weiter von den Beklagten auf den § 14 des Erbpachtkontrakts gestützte exceptio pacti et doli, zu deren Rechtfertigung die Beklagten außer dem bereits besprochenen dritten Absatz noch den zweiten Absatz desselben Paragraphen herangezogen haben. Denn aus dem Wortlaut des Letzteren:

„Sollte jedoch über die Bestimmungen oder die Deutung dieses Erbpacht-Kontraktes zwischen der Gutsherrschaft und dem Erbpächter Streit entstehen und die Sache zur gerichtlichen Verhandlung kommen, so soll in allen solchen Fällen gegen die Entscheidung der kompetierenden Justiz-Kanzlei, sie erfolge nun in

erster oder zweiter Instanz, irgend ein Rechtsmittel nicht weiter statt finden, sondern es müssen sich dabei die Gutsherrschaft sowohl als der Erbpächter beruhigen,"

ergiebt sich im Zusammenhalt mit der Vorschrift des ersten Absatzes desselben § 14, nach welcher der Erbpächter seinen Gerichtsstand in erster Instanz unter dem N'er Patrimonialgerichte hat, ohne weiteres, daß von Seiten der Parteien nicht etwa ein allgemeiner Verzicht auf all und jedes Rechtsmittel gegen die Entscheidung des nach der jeweilig geltenden Gerichtsverfassung zuständigen Gerichts erster Instanz intendiert war, sondern daß dieselben es im Hinblick auf die derzeitige Gerichtsverfassung allemal bei der Entscheidung der zuständigen Justiz-Kanzlei, mochte diese in erster oder in zweiter Instanz entschieden haben, bewenden lassen wollten. Daraus folgt aber, daß diese Bestimmung, wenngleich die Kontrahenten im Hinblick auf dieselbe zu dem von den Parteien allerdings nicht verlesenen, dem Erbpachtkontrakt angehefteten Kommissionsprotokoll vom 28. August 1840 Seite 5 und 6, um der dermalen für generelle Rechtsmittel-Verzichte vorgeschriebenen landesrechtlichen Form zu genügen — vgl. § 41 Nr. 2 der Oberappellationsgerichtsordnung vom 1. Juli 1818 und § 16 der Rechtsmittel-Verordnung vom 20. Juli 1840 — besondere Verzichts-Erklärungen abgegeben haben, doch materiell mehr die Bedeutung eines Kompromisses auf den Spruch der Justiz-Kanzlei hat und daß dieselbe deshalb und in Anbetracht ihrer ganz konkreten Fassung mit der Aufhebung der Justiz-Kanzleien und mit dem Inkrafttreten des Reichs-Gerichtsverfassungsgesetzes am 1. Oktober 1879 in Wegfall gekommen ist, zumal, da die Civilkammer der Landgerichte durch den § 49 der Verordnung zur Ausführung der Civilprozeßordnung vom 21. Mai 1879 nur in soweit an die Stelle der durch § 81 Nr. 2 der Ausführungsverordnung zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 17. Mai 1879 vorbehaltlos aufgehobenen Justiz-Kanzleien gesetzt sind, als die erstgenannte Verordnung die Erledigung von Prozessen nach den bisherigen Prozeßgesetzen vorgeschrieben hat, oder eine nach den bisherigen Prozeßgesetzen zu ermittelnde Instanz — (§ 35 derselben Verordnung) — in Bezug genommen ist. — Die an sich

auch nach dem gegenwärtigen Prozeßrecht nicht ausgeschlossene Berufung auf einen allgemeinen vor Erlassung des Urteils erklärten Verzicht auf die zulässigen Rechtsmittel — vgl. Seuffert Kommentar zu § 475 der Civilprozeßordnung Note 1 — war demgemäß als unbegründet zurückzuweisen, ohne daß es eines weiteren Eingehens auf die formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtsgültigkeit eines solchen generellen Verzichtes bedurfte.

Ist somit durch die Bestimmungen des mehrerwähnten § 14 der Erbpachtkontrakte weder der Rechtsweg im Allgemeinen, noch auch speziell die Berufung gegen das in erster Instanz ergangene Urteil ausgeschlossen, so bedarf es einer wiederholten Prüfung der Frage, ob der Kläger in Erwägung der konkreten Sachlage berechtigt ist, die im § 3 der Erbpachtkontrakte festgesetzte Konventionalstrafe von 8 Schill. N.$^2/_3$ für jede an der vertragsmäßigen Zahl von 300 Stück fehlende Weide beizutreiben.

Bezüglich der gegen diesen Anspruch von den Beklagten geltend gemachten Einreden der Verjährung und des Verzichts kann auf die zutreffenden, diese Einwendungen zurückweisenden Ausführungen in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Erkenntnisses Seite 20 und 21 Bezug genommen werden. Dagegen kann dem ersten Gericht in der Annahme, daß der weitere Einwand der Beklagten, welchen dieselben darauf gegründet haben, daß der auf ihren Hufen vorhandene Weidenbestand zur Instandhaltung, beziehungsweise Instandsetzung der Befriedigungen völlig ausreiche, auch nirgends auf ihren Gehöften mit einiger Aussicht auf Erfolg mehr Weiden, als vorhanden, angepflanzt werden könnten, daß es also Chikane vom Kläger sei, die Strafgelder zu fordern, als zutreffend erscheine, nicht beigetreten werden. Zwar ist in dem betreffenden Teil des § 3 der Erbpachtkontrakte zunächst im Allgemeinen gesagt, daß der Erbpächter, damit es ihm an Befriedigungsmaterialien nicht mangele, verpflichtet sein solle, sich der Weidenzucht an angemessenen Plätzen in seinen Ländereien zu befleißigen, allein an diesen allgemeineren Satz schließt sich sodann, wie bereits oben hervorgehoben ist, eine ganz bestimmte und zahlenmäßig begrenzte Vorschrift dahin an, daß der Erbpächter zu

jeder Zeit — nach Ablauf der sechs ersten Kontraktsjahre — mindestens 300 gesunde, buschtragende Weiden auf seiner Erbpachtstelle müsse nachweisen können, widrigenfalls er die beregte Strafe zum Besten der Dorfsarmen an die Gutsherrschaft zu erlegen habe, und wird im Schlußpassus des Paragraphen nur noch hinzugefügt, daß von dem Erbpächter angepflanzte Hecken von Haseln, Birken, Elbweiden oder anderen passlichen Holzarten auf die vertragsmäßig zu haltende Weidenzahl in der Art angerechnet werden sollen, daß eine laufende Rute solcher Hecken für fünf Weiden zu gelten hat. Danach hat die durch die Strafstipulation gesicherte Hauptverbindlichkeit ein für allemal einen bestimmten Inhalt bekommen und kann weder das für diese Bestimmung angegebene Motiv, noch die oben hervorgehobene örtliche Beschränkung der Verbindlichkeit zur Weidenzucht dazu führen, die beklagtische Verpflichtung ungeachtet ihrer ausdrücklichen zahlenmäßigen Fixierung zu einer wandelbaren, den Umständen nach veränderlichen zu machen. Denn wie cessante ratione legis non cessat lex ipsa, so fällt auch eine einmal fest bestimmte kontraktliche Norm nicht mit dem Wegfall oder der Veränderung der sie veranlassenden Verhältnisse fort oder modifiziert sich in Maßgabe derselben, sondern dazu bedarf es wie beim Gesetz eines neuen Aktes der gesetzgeberischen Gewalt, so beim Vertrage einer neuen Willensäußerung der Kontrahenten, zu welcher allerdings die veränderten Umstände eine begründete Veranlassung geben können. Demnach besteht die Verpflichtung der Beklagten, mindestens 300 buschtragende Weiden auf ihren Hufen zu haben, ungeachtet des Umstandes, daß diese Weiden ausweislich des Erachtens der in erster Instanz zugezogenen Sachverständigen zur ordnungsmäßigen Instandhaltung der Befriedigungen nicht mehr erforderlich sind, so lange fort, bis unter landesherrlicher Genehmigung eine dem jetzigen Zustande der beklagtischen Gehöfte, wie solcher des Näheren von den Sachverständigen in 19 I und 26 I dargelegt ist, entsprechende Abänderung des § 3 der Erbpachtkontrakte, welche allerdings wünschenswert sein mag, durch Vereinbarung der Kontrahenten erreicht sein wird. Die Geltendmachung des dieser vertragsmäßig festbestehenden Verbindlichkeit entsprechenden Rechts von

Seiten des Klägers kann daher, selbst wenn zugegeben werden muß, daß ein begründetes Interesse des Klägers an der ferneren Aufrechterhaltung desselben kaum erfindlich ist, nicht als eine an sich unberechtigte oder gar als Chikane angesehen werden.

Dessen ungeachtet mußte aber doch dem Kläger die Befugnis zur Einziehung der bedungenen Vertragsstrafe abgesprochen werden, weil sich aus den gesamten Umständen des Falles ergiebt, daß sich die Beklagten bei der Nichterfüllung ihrer betreffenden Verpflichtung zum Weidenpflanzen, beziehungsweise bei der Verweigerung dieser Erfüllung gegenüber dem Kläger in gutem Glauben befanden, da sie nicht ohne rechtfertigenden Grund annahmen, daß die in Frage stehende Verbindlichkeit nicht mehr zu Recht bestehe, sondern beseitigt sei. Denn wenn auch in der Theorie und Praxis Streit darüber herrscht, wann und unter welchen Voraussetzungen eine stipulierte Konventionalpön als verfallen anzusehen ist und namentlich die Frage, in wie weit subjektive und objektive Unmöglichkeit der Erfüllung, beziehungsweise der gute Glaube des Schuldners bei der Nichterfüllung der Hauptobligation geeignet sind, von der Verbindlichkeit zur Zahlung der versprochenen Strafe zu befreien,

— vgl. darüber Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 285, namentlich unter Nr. 3 und in Note 12, sowie die dort angeführten Schriftsteller und Präjudizien, —

zwar sehr verschieden aber doch von der Mehrzahl der Schriftsteller in dem Sinne beantwortet ist, daß zur Verwirkung der Strafe eine Verschuldung des Debitor nicht vorausgesetzt werde,

— vgl. z. B. v. Vangerow, Pandekten, Bd. III § 614 Anm. unter III Nr. 1 —

so erscheint es doch in Fällen der hier vorliegenden Art, in denen der Charakter der bedungenen accessorischen Leistung als einer wesentlich zum Zwecke der Erzwingung der Hauptverbindlichkeit gesetzten Strafe besonders stark hervortritt, gerechtfertigt, der von v. Savigny in seinem Obligationsrecht Bd. II § 80, Seite 279 ff. unter B vertretenen Ansicht zu folgen, nach welcher die Konventionalstrafe nur gegen denjenigen Schuldner anzuwenden ist, welchem eine Zurechnung vorgeworfen, dessen Nicht-

erfüllung der Hauptobligation also als eine verschuldete angesehen werden kann. Wie nämlich auch v. Keller

— vgl. dessen Pandekten, Ausgabe Friedberg, § 225 Seite 226 —

zutreffend hervorhebt, erklärt sich die bereits in den Quellen des römischen Rechts hervortretende Verschiedenheit in der Behandlung und Auffassung der Konventionalstrafe sehr wohl aus der Verschiedenheit der Anwendungsfälle derselben und der durch diese bedingten verschiedenen Stellung des Strafversprechens zur Hauptobligation, so daß „bald mehr das Accessorische, die Strafe mit einem gewissen Bedürfnis von Zurechnung, das mittelbar Zwingende vorherrscht, oder aber das Prinzipale, Befriedigende, (durch Umsatz) Vergütende, gleichsam nur durch eine Bedingung suspendiert." Die im § 3 der Erbpachtkontrakte stipulierte Zahlung stellt sich aber ohne Weiteres, da der Gutsherr als Vererbpächter an der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit zur Weidenpflanzung nur ein indirektes und untergeordnetes Interesse hat, nicht sowohl als Äquivalent dieses zuvor zu einer entsprechenden Geldsumme veranschlagten Interesses dar, sondern als reine Strafe, durch welche der Zwang zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit verstärkt werden soll. Für diesen Charakter der fraglichen Stipulation spricht auch der Umstand, daß die Strafgelder nicht direkt in die Tasche des Gutsherrn fließen, sondern zum Besten der Dorfarmen an die Gutsherrschaft erlegt werden sollen, wozu noch die Erwägung hinzukommt, daß dem gerade von Seiten des Klägers hervorgehobenen indirekten Interesse der Gutsherrschaft daran, daß der Erbpächter das erforderliche Befriedigungsmaterial selbst besitze und kein Geld für dasselbe auszugeben brauche, durch wiederholte Wahrnehmung der verhältnismäßig nicht unbedeutenden Geldstrafe schwerlich entsprochen werden würde. Unter diesen Umständen kann im vorliegenden Fall nur die mildere Meinung zur Anwendung kommen, nach welcher die Strafe erst dann als verfallen angesehen werden darf, wenn die Promittenten sich nicht genügend zu exkulpieren vermögen.

— Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. III Nr. 37, Bd. XXII Nr. 127 und Bd. XVI Nr. 205, vgl. auch

Budde, Entscheidungen des O.-A.-Gerichts, Bd. VII Nr. 45 Seite 135. —

Den Beklagten stehen ausreichende Entschuldigungsgründe zur Seite und kann als erwiesen angesehen werden, daß dieselben der Überzeugung gewesen sind, daß die mehrberegte Verbindlichkeit zur Weidenpflanzung in Wegfall gekommen sei. Zunächst kommt in dieser Beziehung in Betracht, daß nichts dafür vorliegt, daß die Vorschrift des § 3 der Kontrakte während des mehr als 40jährigen Bestehens derselben überhaupt jemals zur Anwendung gebracht ist und daß es in Ermangelung irgend einer entgegenstehenden positiven Behauptung als durchaus glaubwürdig erscheint, daß eine Revision des Weidenbestandes weder nach Ablauf der sechs ersten Kontraktsjahre, noch bei Einweisung der jetzigen Beklagten in ihre Gehöfte, noch auch während der mit dem Jahre 1870 beginnenden klägerischen Besitzzeit bis zu der kurz vor der Klageerhebung vorgenommenen Besichtigung im Frühling 1884 jemals stattgefunden hat. Dazu kommt, daß die Gehöfte der Beklagten teils von vorneherein bei Gelegenheit ihres Ausbaues, teils im Laufe der Jahre statt mit Zäunen, mit Steinmauern und Staketen als Befriedigungen versehen sind, daß diese Veränderungen unter den Augen der Gutsherrschaft, anscheinend unter Billigung derselben, vorgenommen und beibehalten sind. Unter diesen Umständen im Zusammenhalt mit dem oben hervorgehobenen Wortlaut des § 3 der Kontrakte, durch welchen das Instandhalten der Zäune ausdrücklich als Motiv und Zweck der die Weidenpflanzung betreffenden Bestimmung hingestellt war, konnten und durften die Beklagten mit Grund annehmen, daß die beregte Vertragsvorschrift nicht mehr zu Recht bestehe, sondern vielmehr in Wegfall gekommen sei.

Auch durch eine Aufforderung des Klägers, wie solche vor 3 bis 4, beziehungsweise vor etwa $2^{1}/_{2}$ Jahren, also nicht lange vor der Ende Mai 1884 erfolgten Erhebung der Klage stattgefunden haben soll, konnten die Beklagten nicht wohl zu einer anderen Auffassung oder gar zu einer ihrer bisherigen Rechtsanschauung entgegengesetzten Meinung gelangen. Ebensowenig aber war der Verlauf des Rechtsstreits selbst zu einer derartigen Auf-

klärung geeignet, vielmehr mußten die Entscheidungen des ersten Gerichts gerade dazu beitragen, die Beklagten in ihrer Rechtsansicht zu bestärken. Haben dieselben also in gutem Glauben gehandelt, so konnte die Strafe von ihnen wegen mangelnder Zurechnung nicht verlangt werden. Erst durch die jetzt ergehende Entscheidung über den Fortbestand der beklagtischen Verpflichtung zur Weidenpflanzung ändert sich die Situation der Beklagten, und werden dieselben demnächst, nachdem ihnen eine angemessene Frist zur Nachpflanzung der fehlenden Weiden gelassen ist, zur Zahlung der Konventionalstrafe angehalten werden können, falls sie nicht inzwischen im Wege der Vereinbarung eine dem gegenwärtigen Zustande der Einfriedigungen ihrer Gehöfte entsprechende Abänderung des § 3 ihrer Erbpachtkontrakte erwirkt haben sollten.

---

12. Constitutum possessorium. Pactum reservati dominii. Ma. 47/1886.

Gegen den Kommissionär M. in S., welcher dem Handelsmann W. in H. mehrere Sachen im Wege der Zwangsvollstreckung hatte abpfänden lassen, erhob der Kaufmann P. in L. die Interventionsklage aus § 690 der Civilprozeßordnung, indem er das Eigentum der Pfandobjekte in Anspruch nahm. Er berief sich

1. auf einen mit W. geschlossenen Kaufvertrag, welcher folgende Bestimmungen enthält.

> „Ich, der Verkäufer W., habe dem Kaufmann P. die in dem anliegenden Verzeichnisse aufgeführten Gegenstände ꝛc. verkauft."
>
> „Ich, der Käufer P., habe dem Verkäufer W. die Nutznießung aller dieser — Gegenstände — gestattet."
>
> „Ich, der Verkäufer W., quittiere über den richtigen Empfang der — — — — vereinbarten Preise und erkenne selbstverständlich die Berechtigung meines Käufers an, jederzeit nach seinem Belieben diese mir nur zum Nießbrauch überlassenen Gegenstände an sich zu nehmen oder sonst anderweitig darüber zu verfügen."

Zur Begründung seines Eigentums an einer abgepfändeten Kuh Nr. 12 des Pfändungsprotokolls hat Kläger sich auch noch auf einen vom Büdner W. ausgestellten von L. d. 11. Oktober 1882 datierten Schein berufen, welcher lautet:

„Die unter heutigem Datum von Herrn L. P. in L. für Mk. 600 angeschafften beiden Kühe verpflichte ich mich ratenweise abzubezahlen — — —. Bis zur vollständigen Tilgung obiger Summe entsage ich ausdrücklich allen Ansprüchen auf dieselben und bleiben sie bis dahin Eigentum des genannten Herrn."

Die Klage ist in erster Instanz abgewiesen und die dagegen vom Kläger eingelegte Berufung durch Urteil des Oberlandesgerichts vom 14. Oktober 1886 für unbegründet erklärt.

Gründe.

Da der Kläger sein Eigentumsrecht an den gepfändeten Sachen — abgesehen allein von der unter Nr. 12 des Pfändungs-Protokolls aufgeführten Kuh — lediglich auf die Vereinbarung vom 27. November 1885 gestützt hat, so hängt die Entscheidung über das vom Kläger an den Gegenständen der Zwangsvollstreckung beanspruchte die Veräußerung hindernde Recht ausschließlich davon ab, ob der Kläger durch den angeführten Vertrag Eigentümer der ihm durch denselben vom Büdner W. zu H. verkauften und diesem Letzteren im Auftrage des Beklagten am 15. Dezember 1885 abpfändeten Sachen geworden ist. Daß von einer eigentlichen körperlichen Übergabe, also einer wirklichen Tradition derselben nicht die Rede sein kann, hat Kläger in gegenwärtiger Instanz selbst zugegeben, und erübrigt also nur die Frage, ob der Eigentumsübergang durch s. g. constitutum possessorium erfolgt ist.

In dieser Richtung hat der Kläger in gegenwärtiger Instanz in Ergänzung seines erstinstanzlichen Vorbringens unter Beweisanerbietung behauptet, daß am 27. November 1885 zwischen Kläger und den W.'schen Eheleuten ausdrücklich beredet und vereinbart sei, daß die Letzteren fortan nur noch im Namen des Ersteren die demselben verkauften Gegenstände besitzen sollten und wollten. Allein auch diese Behauptung, selbst wenn sie erweisbar sein sollte, und selbst wenn man derselben als einer neben dem schriftlichen Vertrage vom 27. November 1885 getroffenen mündlichen Nebenberedung eine selbständige Bedeutung und volle Rechtswirksamkeit beimessen wollte, ist nicht geeignet, die Annahme des Eigentumsübergangs durch constitutum possessorium zu rechtfertigen. Denn die früher von Savigny vertretene Ansicht, daß durch eine derartige abstrakte Erklärung des Veräußerers, die zu

übertragende Sache für seinen Kontrahenten detinieren zu wollen, die Besitz- und damit die Eigentumsübertragung vollzogen und bewirkt werden könne, ist in der neueren Theorie und Praxis als unhaltbar aufgegeben,

— vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. I, § 155, Note 8 a; Mecklenb. Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft, Bd. III S. 154, Bd. V S. 4; Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. V Nr. 49 S. 182 —

und wird von der mit Recht jetzt herrschend gewordenen Meinung vielmehr als wesentliches Erfordernis des constitutum possessorium hingestellt, daß zwischen den Kontrahenten ein Rechtsverhältnis geschaffen worden, kraft dessen das Innehaben der veräußerten Sache durch den Veräußerer für den Erwerber als Ausdruck einer dem Ersteren von dem Letzteren eingeräumten rechtlichen Befugnis erscheint. Es muß also zur causa traditionis eine von derselben ganz verschiedene causa detentionis hinzutreten oder mit andern Worten die Sache so liegen, daß der Veräußerer den Gegenstand des Veräußerungsvertrages, falls er denselben dem Erwerber körperlich übergeben hätte, von diesem kraft seiner kontraktlichen Detentionsbefugnis zurückempfangen müßte.

An einer solchen rechtsgenüglichen causa detentionis fehlt es aber vorliegend auch nach den in Betracht kommenden Erklärungen der Kontrahenten, wie solche sich aus der Kontraktsurkunde vom 27. November 1885 ergeben. Denn, wenn laut Nr. 2 der Letzteren Kläger als Käufer auch erklärt hat, daß er dem Verkäufer W. die „Nutznießung" der verkauften Gegenstände „gestatte", so hat doch andererseits dieser Letztere unter Nr. 3 des Kontraktes die Berechtigung seines Käufers, „jederzeit nach seinem Belieben die zum Nießbrauch überlassenen Gegenstände an sich zu nehmen oder sonst anderweitig darüber zu verfügen," als eine selbstverständliche anerkannt. Danach ist, da ungeachtet der gebrauchten Worte Nießbrauch und Nutznießung nach dem ganzen Inhalt des Vertrages an die Konstituierung eines, wenn auch nur prekären, dinglichen Nutzungsrechts des Veräußerers W. nicht gedacht ist, diesem Letzteren keinerlei rechtswirksame, den Erwerber rechtlich bindende und zur Überlassung der gekauften Sachen an den Ver-

käufer verpflichtende Detentionsbefugnis eingeräumt, vielmehr liegt nur die in andere Worte gekleidete in Veräußerungsverträgen der in Rede stehenden Art häufig vorkommende und zur Begründung des Eigentumserwerbes durch constitutum possessorium anerkanntermaßen. — vgl. Seuffert's Archiv, Bd. XIX Nr. 15, namentlich S. 32 und 33 — nicht ausreichende Bestimmung vor, daß die veräußerten Sachen bis auf Widerruf des Käufers in dem Besitz des Verkäufers verbleiben und diesem Letzteren die Benutzung derselben gestattet sein solle.

Erscheint somit der auf die Vereinbarung vom 27. November 1885 gegründete Eigentumsanspruch des Klägers als unhaltbar, so kommt nur noch in Frage, ob sich solcher Anspruch rücksichtlich der abgepfändeten Kuh durch die klägerische Berufung auf das ihm laut Bescheinigung des W. vom 11. Oktober 1882 reservierte Eigentum mit Erfolg stützen läßt.

Mag nun auch gegen die Ansicht des Beklagten mit dem Kläger anzunehmen sein, daß durch ein s. g. pactum reservati dominii wegen der in Folge der Reichsgesetzgebung eingetretenen Veränderung des Konkursrechts nach dem 1. Oktober 1879 nicht mehr nur die beschränkteren im früheren Mecklenburgischen Recht und teilweise auch nach gemeinem Recht anerkannten Wirkungen erzeugt werden, — vgl. Trotsche, Meckl. Civilprozeß, Bd. II § 214 S. 469 unter Nr. 1, Seufferts Archiv, Bd. XXIII Nr. 135 S. 220 — sondern ein wirklicher und vollwirksamer Eigentumsvorbehalt erreicht wird, weil bei den beregten beschränkteren Wirkungen die beabsichtigte Sicherung des Veräußerers nicht mehr erreicht werden würde, so wird doch eine erfolgreiche Berufung des Klägers auf jenes pactum durch folgende Erwägung ausgeschlossen. Nach den Erklärungen des Berufungsklägers war der Vertrag vom 27. November 1885 ein durchaus ernst gemeinter und speziell dazu bestimmt, bereits früher erfolgte Verkäufe, an deren Eigentum begründender Wirkung ebenso gezweifelt wurde, wie an der gleichen Wirkung der Abmachung vom 11. Oktober 1882, in die richtige und ausreichende Form zu bringen, bzw. an deren Stelle zu treten, so ist schon aus diesem Grunde die Annahme gerechtfertigt, daß auch inbezug auf die vorhandenen

Kühe die Bestimmungen des neuen Vertrages lediglich an die Stelle der früheren Abmachung vom 11. Oktober 1882 treten sollten, weil andernfalls der Kläger eine annoch in seinem Eigentum befindliche Sache gekauft, mithin einen nichtigen Kaufvertrag abgeschlossen haben würde.

— Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. II § 385 Note 6. —

Dazu kommt, daß der Berufungskläger ausdrücklich erklärt hat, der am 27. November 1885 für die verkauften Gegenstände bedungene Preis sei sofort durch Aufrechnung der klägerischen Forderungen gegen den Gesamtkaufpreis berichtigt und des weiteren zugegeben hat, daß sich unter den Forderungen, deren Aufrechnung erfolgt sei, auch die klägerische Forderung von 600 Mk. für Überlassung der in der Bescheinigung vom 11. Oktober 1882 erwähnten Kühe befunden habe. Ist dies aber der Fall, so ist diejenige Forderung, zu deren Sicherung dem Kläger das Eigentum vorbehalten war, durch vereinbarte Kompensation getilgt und mithin die Bedingung, unter welcher nach der Vereinbarung vom 11. Oktober 1882 das Eigentum an den fraglichen Kühen auf den Käufer W. übergehen sollte, eingetreten, also das vorbehaltene Eigentum des Klägers erloschen.

---

13. **Wechselbürgschaft.** Rostocker Stadtrecht Art. 2 III 5. Si. 135/1886.

Der Fuhrmann S. war aus einem von ihm in Gemeinschaft mit zwei anderen Personen an die Ordre der Gewerbebank ausgestellten und bei dieser durch einen der Mitunterzeichner begebenen eigenen Wechsel auf Zahlung im Wechselprozesse belangt und unter Vorbehalt der Rechte verurteilt. Im Nachverfahren machte er geltend, daß die Klägerin, obwohl sie gewußt, daß Beklagter den Wechsel nur als Bürge mitunterschrieben habe, diesen Wechsel doch mehrfach ohne den geschäftsüblichen Prolongationsschein des Beklagten und zu einer Zeit, als der Hauptschuldner R., wie ihr bekannt gewesen, schon in Vermögensverfall geraten und mit seinen Gläubigern bereits in Akkordverhandlungen getreten, auch dessen Grundstück beschlagnahmt gewesen sei, prolongiert und solche Prolongation namentlich noch am 3. März 1885 wiederholt habe, so daß der Wechsel, als Beklagter sich Anfang März 1885 in der Absicht,

denselben einzulösen und klageweise gegen R. vorzugehen, zur Klägerin begeben und nach demselben gefragt habe, schon bis zum 1. Juni 1885 ohne Wissen und Willen des Beklagten prolongiert gewesen sei, wodurch dem Beklagten die seinerseitige rechtzeitige Einziehung der Wechselforderung von dem damals noch nicht insolventen R. durch Verschulden der Klägerin unmöglich gemacht sei. Dieser Einwand wurde verworfen und das im Wechselverfahren gesprochene Urteil von Bestand gelassen. Die dagegen vom Beklagten erhobene Berufung wurde vom Oberlandesgericht durch Urteil vom 24. Juni 1886 zurückgewiesen.

Gründe.

Die für eine mit einem festbestimmten Zahlungstermin versehene Hauptschuld übernommene Bürgschaft gilt, abgesehen von einer besonderen dahin gehenden Abmachung, nicht als eine nur auf bestimmte Zeit eingegangene.

Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. V S. 354 u. 355, Bd. XVIII S. 305. —

Schon aus diesem Grunde würde die von dem Beklagten durch Mitunterzeichnung des libellierten Wechsels etwa übernommene Bürgschaft, da auch bei den späteren Prolongationen neue Wechsel nicht ausgestellt sind, nicht unter die Bestimmungen des Rostocker Stadtrechts Art. II Thl. III Tit. 5 fallen.

Von einer gewöhnlichen Bürgschaftsschuld kann aber auf Seiten des Beklagten überhaupt, selbst wenn der Mitaussteller des eingeklagten Wechsels, H. R., bei Begebung desselben an die Klägerin erklärt haben sollte, daß der Beklagte und H. E. nur als Bürgen unterzeichnet hätten und ihm die gesamte Valuta zukommen solle, nicht die Rede sein. Denn der Beklagte ist Mitunterzeichner des in Frage stehenden eigenen Wechsels und trifft ihn folgeweise die wechselmäßige Verpflichtung in vollem Umfange in Maßgabe des Art. 81 der Wechselordnung, wie sie ihn selbst dann treffen würde, wenn er sich bei der Wechselunterzeichnung ausdrücklich als Bürge benannt hätte. Es handelt sich also um eine sogenannte verkleidete Bürgschaft — vgl. Thoel, Wechselrecht, 4. Auflage § 150 —, bei welcher die Verbürgung nur als Motiv und Zweck der Eingehung der Wechselverbindlichkeit, nicht aber als eine zweite selbständige Obligation neben der Wechselverbindlichkeit in Betracht kommt. Demgemäß ist für das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen, hier zwischen

der Klägerin und dem Beklagten, nicht die durch den Wechsel beabsichtigte Bürgschaft entscheidend, sondern vielmehr die Rechtsform, in welche die Letztere eingekleidet ist, also der Wechsel und das für diesen maßgebende Wechselrecht. Vgl. Thoel a. a. O. Absatz 1 und Nr. VI. Entscheidungen des R.-O.-H.-Gerichts Bd. II S. 366.

Klägerin konnte sich also in Maßgabe des Abs. 3 des Art. 81 der Wechselordnung an den Beklagten wegen ihrer ganzen Forderung halten, und es stand in ihrer Wahl, denselben zuerst in Anspruch zu nehmen, der Beklagte hatte also, selbst wenn er materiell Bürge war, der Klägerin gegenüber, weil er den Wechsel mitunterzeichnet hatte, kein beneficium excussionis. Erwägt man nun, daß der für das gemeine Recht von der herrschenden Ansicht als richtig anerkannte Satz, daß der Gläubiger, welcher durch eigne Nachlässigkeit verschuldet hat, daß er von dem Hauptschuldner keine Befriedigung erlangen kann, des Anspruchs gegen den Bürgen verlustig geht, sich lediglich als eine Konsequenz des durch die Nov. 4 c. 1 eingeführten beneficium excussionis, durch welches jede Bürgschaft in gewissem Sinne zu einer fidejussio indemnitatis geworden ist, darstellt.

— vgl. v. Vangerow, Pandekten, Bd. III, § 578 Anm. 4 und die dort zahlreich citierten Schriftsteller — auch Buchka und Budde, Entscheidungen des O.-A.-Gerichts Bd. III Nr. 30 ratio 4, S. 112 z. E. u. S. 113 z. A. —

so kann von einer Anwendung dieses Rechtssatzes auf den vorliegenden Fall, in welchem dem Beklagten als wechselmäßig Verpflichteten eine exceptio excussionis nach positiver Vorschrift des Wechselrechts überhaupt nicht zusteht, in keiner Weise die Rede sein.

— Vgl. Borchardt, A. d. Wechselordnung, Art. 181, 7. Aufl. Zusatz 774 und 778 Nr. 12 u. 13. —

Hiermit erledigen sich, wie das auch bereits vom ersten Richter unter Hinweis auf die Entscheidung in Seufferts Archiv, Bd. 39 Nr. 43 zutreffend im Einzelnen ausgeführt ist, die sämtlichen in voriger Instanz vom Beklagten geltend gemachten Einwendungen, und bedarf es nur eines Hinweises darauf, daß auch

die von dem Beklagten geltend gemachten Wechsel-Prolongationen überhaupt nur unter dem Gesichtspunkt einer negligentia in exigendo auf Seiten der Klägerin würden relevant sein können.
— Vgl. v. Vangerow a. a. O., letzter Absatz und Seuffert, Archiv, Bd. 39 Nr. 12 sowie die dort angeführten weiteren Präjudizien.

In Maßgabe des Vorstehenden kann auch von dem neuen Vorbringen des Beklagten in gegenwärtiger Instanz nur noch die Behauptung in Betracht kommen, daß ihm, dem Beklagten, bei seiner Anwesenheit im Geschäftslokale der Klägerin nach dem 3. März 1885 auf seine ausdrückliche Erklärung, er wolle den fraglichen Wechsel einlösen, um seinerseits gegen den R. vorzugehen, von den Vertretern der Klägerin erwidert sei, der Wechsel sei nun einmal bis zum 1. Juni prolongiert und könne nicht herausgegeben werden. Denn in diesem Vorbringen könnte der an sich begründbare und beachtliche Einwand gefunden werden, daß Klägerin ihre Verpflichtung, den Wechsel gegen Zahlung der Wechselsumme an den Wechselschuldner herauszugeben, nicht erfüllt und dadurch dem Beklagten die rechtzeitige Verfolgung seiner Rechte gegen den Mitunterzeichner R. unmöglich gemacht habe. Durch die vorgebrachten Thatsachen wird diese Einrede aber nicht genügend begründet, weil der Beklagte, — ganz abgesehen davon, daß es event. seine Sache war, den ohne Präsentation im Geschäftslokale der Klägerin zahlbaren Wechsel am 1. März 1885, als am Fälligkeitstage, einzulösen, falls er eine weitere Prolongation vermeiden wollte, — nicht zu behaupten vermocht hat, daß er bei der fraglichen Gelegenheit wirklich zahlungsbereit gewesen ist und thatsächlich Zahlung angeboten hat, sondern nur angegeben hat, daß er erklärt habe, er wolle den Wechsel einlösen. Die bloße Äußerung dieser Absicht konnte die Klägerin nicht ohne weiteres verpflichten, eine definitive Erklärung abzugeben, und erscheint es im Übrigen völlig unglaublich, daß Klägerin, welche kein Interesse daran hatte, von wem und wann der Wechsel eingelöst wurde, welche aber erheblich daran interessiert war, daß der Wechsel ohne Weiterungen bezahlt wurde, eine ernstlich und bedingungslos angebotene Zahlung abgelehnt haben sollte.

14. Lübisches (Rostocker) Fensterrecht. Ho. 65/1886.

Ein Warnemünder Hauseigentümer hatte in der hart an der Grenze des Nachbargrundstücks errichteten Wand seines im Jahre 1885 neu erbauten Flügelgebäudes übereinander im ersten und zweiten Stock je eine Öffnung hergestellt, um mittels derselben den Korridoren Tageslicht zuzuführen. Die beiden Öffnungen waren durch Scheiben von undurchsichtigem Glase geschlossen, mit eisernen Rahmen versehen und von allen Seiten so fest in die Mauer eingefügt, daß eine Beseitigung dieses Verschlusses nur durch Zertrümmerung der Scheiben oder Ausbrechen der Rahmen ausführbar sein würde. Der Nachbar forderte klagend die Vermauerung dieser von ihm als „Fenster“ bezeichneten Öffnungen, während der Beklagte darauf hinwies, er habe keine neuen Fenster im Sinne des Rostocker Stadtrechts angelegt, sondern lediglich einen Teil seiner Mauer statt aus Steinen aus dickem, völlig undurchsichtigem Glase hergestellt.

Der Beklagte wurde dem Klagantrage entsprechend verurteilt und die von ihm dagegen eingelegte Berufung durch Urteil vom 10. Mai 1886 zurückgewiesen.

Gründe.

Die Entscheidung hängt wesentlich davon ab, ob mit dem Vorgericht angenommen werden kann, daß sich die in Frage stehenden Öffnungen als Fenster charakterisieren, deren unangesprochener Bestand während eines Zeitraums von Jahr und Tag für das beklagtische Grundstück die Ersitzung eines durch den Art. 11 Teil III Titel 12 des Rostocker Stadtrechts sanktionierten, einer servitus ne luminibus officiatur vergleichbaren Lichtrechts, durch welches implicite das benachbarte klägerische Grundstück im gewissen Umfange mit einer servitus altius non tollendi beschwert werden würde, herbeizuführen vermag.

Denn das Verbietungsrechts des Art. 17 Teil III Titel 12 des auch in Warnemünde geltenden Rostocker Stadtrechts — vgl. Buchka und Budde, Entscheidungen des O.-A.-Gerichts Bd. III Nr. 23 S. 55 — ist, wie bereits in den Gründen des angefochtenen Urteils unter Anführung der einschlagenden Präjudizien der höchsten Landesgerichte zutreffend hervorgehoben worden, kein absolutes, sondern setzt auf Seiten des Berechtigten voraus, daß derselbe ein beachtliches Interesse an der Beseitigung der betreffenden baulichen Neuanlage hat. Es kann daher, da die vom Beklagten hergerichteten, mit undurchsichtigem Glase verschlossenen

Öffnungen nach ihrer festgestellten gegenwärtigen Beschaffenheit weder Immissionen auf das klägerische Grundstück, noch einen Einblick in dasselbe gestatten, nur darauf ankommen, ob dieselben das klägerische Grundstück in seiner baulichen Ausnutzbarkeit durch Ersitzbarkeit des bezeichneten Lichtrechts gefährden.

Gegen die beklagtische Annahme, daß die fraglichen Öffnungen schon deshalb nicht unter den angeführten Artikel 17 fallen könnten, weil dieser nur von Fenster-Thüren spreche, ist entscheidend geltend zu machen, daß der Art. 13 Tl. III Tit. 12 des lübischen Rechts, welchem jener Art. 17 entstammt, von Fenstern, Thüren, Schure ꝛc. redet und daß dementsprechend in der einheimischen Praxis durchweg alle Arten von Fenstern als dem Verbot des lübischen und Rostocker Rechts unterliegend angesehen sind. Jedenfalls hat eine restriktive Interpretation des Wortes „Fenster-Thüren", wie sie in der bei v. Nettelbladt, Rechtssprüche, Bd. I Nr. XIII S. 55 ff. abgedruckten Entscheidung, unter Nr. 3 der Entscheidungsgründe — S. 57 — als möglich hingestellt ist, in der späteren einheimischen Praxis keine Anerkennung gefunden.

Vgl. Rostocker Rechtsfälle, 1. Fortsetzung Nr. XX S. 165 ff.; 2. Fortsetzung Nr. XXIII S. 132 unter 3 verbis: „Fenster, Luken oder gleichartige Öffnungen" und S. 138.

Buchka und Budde, Entscheidungen, Bd. V Nr. 31 S. 118 verbis: „Fenster, Thüren ꝛc.

Stein, Abhandlg. des Lübischen Rechts, Teil III § 227 S. 331 und 332 Note *.

Ebenso ist auch die vom Berufungskläger versuchte einschränkende Auslegung des Art. 11 Tl. III Tit. 12 des Rostocker Stadtrechts in den Entscheidungen des früheren Oberappellationsgerichts, durch welche anerkannt ist, daß das Fenster- oder Lichtrecht jenes Artikels auch durch Verjährung von Jahr und Tag erworben werden kann, in Übereinstimmung mit der Mehrzahl der Ausleger des lübischen Rechts wiederholt reprobiert.

Vgl. Buchka und Budde a. a. O., Bd. V S. 134 z. E. und 135 z. A.; Bd. VIII S. 50 und 51 und Bd. IX S. 28 unter II.

Endlich kann auch darauf, ob für den Beklagten gegenwärtig die sämtlichen Voraussetzungen der lübischen Ersitzung von Jahr und Tag in Maßgabe des Art. 2 Tl. I Tit. 8 des Rostocker Stadtrechts vorhanden sein würden, nichts ankommen, und bedarf es folgeweise keiner Erörterung darüber, ob für die Ersitzung des lübischen resp. Rostocker Rechts bona fides erforderlich ist, bzw. wie weit die Ersitzung eine Vitiösität des Besitzes hinderlich sein würde. Denn die Geltendmachung des Verbietungsrechts aus dem angeführten Artikel 17 des Rostocker Stadtrechts verlangt nicht ein momentan vorhandenes Interesse des Klägers, wie vom Beklagten behauptet ist, sondern es genügt, daß der Kläger bei unangesprochenem, d. h. bei nicht durch Klage-Erhebung unterbrochenem — vgl. Rostocker Rechtsfälle, 2. Fortsetzung S. 135 z. A. — Fortbestande der baulichen Neuanlage des Beklagten der Gefahr ausgesetzt ist, daß diese Anlage im Laufe der Zeit zu einer rechtlich geschützten, seine Baufreiheit beschränkenden werde.

Die Möglichkeit des Rechtserwerbes aus Art. 11 cit. für die vom Beklagten in seiner hart an der Grenze des klägerischen Grundstücks aufgeführten westlichen Mauer seines Flügelgebäudes angelegten beiden Öffnungen wird nun, wie bereits vom ersten Gerichte zutreffend hervorgehoben ist, durch die Beschaffenheit derselben keineswegs ausgeschlossen. Denn nach ihrer oben im Thatbestande näher angegebenen Breite, Höhe und Tiefe, sowie nach ihrer ganzen Einrichtung stellen sich diese Öffnungen weder als unbedeutende, und daher vom Nachbar zu duldende Luftlöcher, noch als von lichtdurchlassendem Material hergestellte Mauerteile dar, vielmehr ist in jede der betreffenden über 1 m hohen und $^1/_2$ m breiten, von jedwedem Mauerwerk freigebliebenen Öffnungen in einer Tiefe von 26 resp. $27^1/_2$ cm von der inneren Mauerfläche gerechnet ein eiserner Rahmen mit einer undurchsichtigen, über 1 m hohen und über $^1/_2$ m breiten Glasscheibe eingelassen und mit dem umgebenden Mauerwerk verbunden. Danach geben sich diese Öffnungen als zum Lichtbezug bestimmte, der Erhellung der inneren Räumlichkeiten des beklagtischen Gebäudes dienende deutlich zu erkennen, und stellen sich gerade durch ihre äußere Erscheinungsform als Lichtfenster dar, während ihnen allerdings die

Qualität von Luft- und Aussichtsfenstern wegen der festen Verbindung des undurchsichtigen Glases mit dem Rahmen und dieses Letzteren mit dem Mauerwerk abgeht. Diese letztgedachten möglichen aber nicht begrifflich notwendigen Eigenschaften eines Fensters treten aber gerade für den Rechtserwerb aus Art. 11 cit. zurück, da für diesen erkennbar zum Lichtbezug aus der nachbarlichen Sphäre bestimmte und sichtlich der Erhellung des Innern des Gebäudes dienende Öffnungen, wie solche hier nach dem unstreitigen Ergebnis der Augenscheins-Einnahme zweifellos vorliegen, das Wesentliche und Entscheidende sind.

Die mit der Klage angesprochenen, vom Beklagten hergestellten Öffnungen müssen also in Beihalt ihrer Erscheinungsform und ihrer aus derselben ersichtlichen Zweckbestimmung als Lichtfenster angesehen werden, für welche ein Erwerb des im Art. 11 cit. gewährten Schutzes gegen spätere Verdunkelung durch Ersitzung von Jahr und Tag auf Grund des Art. 2 Tl. I Tit. 8 des Rostocker Stadtrechts möglich ist. Es bedarf daher auch keines Eingehens auf die von dem Beklagten aufgestellte Rechtsbehauptung, daß er befugt sei, die Grenzmauer seines Gebäudes ganz oder teilweise von lichtdurchlassenden Materialien herzustellen, weil die streitigen Öffnungen in keiner Weise als Teile der eigentlichen Mauer, sondern vielmehr als eine Unterbrechung des Mauerwerks durch eine in dasselbe eingelassene Fensterscheibe nebst Rahmen erscheineu.

Dementsprechend ist auch mit Recht auf Schließung dieser Öffnungen erkannt, d. h. auf eine derartige Herstellung der Kontinuität des Mauerwerks, daß alle offenbar dem Lichtbezuge von dem Nachbargrundstücke dienende Unterbrechungen desselben völlig beseitigt werden.

---

15. Voraussetzung der Interventionsklage aus § 690 der Civilprozeßordnung. Se. 142/1886.

Der Schiffer S. in L. hat auf einem in H. belegenen Bauerngute, welches der Landmann B. in Gemeinschaft mit seinem Sohne gepachtet hatte, wegen einer gegen den Sohn ihm zustehende Forderung mehrere Stücke Vieh und eine Quantität aus dem Pachtgute entnommenen Torfes im Wege der Zwangsvollstreckung pfänden lassen. Der Vater des Schuldners berief sich darauf, daß er Eigentümer event. Miteigentümer bzw. Besitzer event. Mitbesitzer der Pfandobjekte sei. Er erreichte die Freigebung der Sachen gegen Hinterlegung eines entsprechenden Geldäquivalents und klagte dann auf Freigebung der hinterlegten Summe. Das Gericht erster Instanz fand die Klage begründet und nur eine von den vorgeschützten Einreden erheblich. Dies führte zu einem bedingten Endurteil, welches den Beklagten der Klagbitte gemäß verurteilte, wenn der Kläger folgenden Eid leiste:

> Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden, daß ich meinem Sohne die B.'sche Stelle zu H. nicht vor der durch den Gerichtsvollzieher S. ausgeführten fraglichen Pfändung zur eigenen Bewirtschaftung überlassen habe. So wahr mir Gott helfe.

Wenn der Kläger diesen Eid nicht leistet, so soll er mit seiner Klage kostenpflichtig abgewiesen werden.

Die vom Beklagten eingelegte Berufung wurde durch Urteil des Oberlandesgerichts vom 30. Oktober 1886 zurückgewiesen.

Gründe.

Wenn man von dem bestrittenen Einwande des Beklagten absieht: der Kläger habe die gepachtete Stelle bereits vor der fraglichen dort vom Gerichtsvollzieher ausgeführten Pfändung seinem Sohne zur eigenen Bewirtschaftung überlassen, — in welcher Beziehung das angefochtene Erkenntnis den Ausgang des Rechtsstreits von dem Eide des Klägers abhängig macht, — so ergiebt sich daraus, daß der Kläger und dessen Sohn die Stelle als Mitpächter benutzten, für beide Miteigentum an den gezogenen Gutsfrüchten, mithin auch an dem geworbenen jetzt gepfändeten Torf. Unerwiesen ist das vom Kläger an den gepfändeten Tieren beanspruchte Eigentum bzw. Miteigentum. Es entnimmt aber das Landgericht aus dem Verhältnisse der Pachtgemeinschaft, falls diese zur Zeit der Pfändung noch fortbestand, nach der Sachlage mit Recht einen damaligen juristischen Mitbesitz des Klägers an jenen Tieren. Diese sind als ein Bestandteil des zur

Bewirtschaftung des Grundstücks benutzten Inventars zu betrachten, und der Gemeinschaft des Pachtsbesitzes entsprach auch die gemeinsame Innehabung des Inventars; es ergiebt sich aber aus der Verhandlung, insbesondere aus dem Vorbringen des Beklagten, kein Anhalt für eine abweichende Regelung dieses Verhältnisses, wonach etwa das Inventar der Disposition des Klägers als Mitpächters entzogen gewesen wäre. Der Beklagte hat sich auch in gegenwärtiger Instanz darauf beschränkt, die Frage, ob der Kläger als Mitbesitzer des gepfändeten Viehs zu betrachten sei, allgemein zur wiederholten richterlichen Prüfung zu verstellen.

Das Berufungsgericht tritt aber der angefochtenen Entscheidung auch darin bei, daß der Kläger nicht nur als Miteigentümer des Torfes sondern auch als juristischer Mitbesitzer der gepfändeten Viehstücke der vom Beklagten veranlaßten Pfändung auf Grund des § 690 der Civilprozeßordnung zu widersprechen berechtigt war. Die Frage, ob zur Begründung eines solchen Widerspruchs juristischer Besitz für sich allein genügt, ist zwar bestritten. Die für die Bejahung dieser Frage geltend gemachten, vom Landgerichte bereits hervorgehobenen Gründe erscheinen jedoch überwiegend und ausreichend. Voraussetzung der Zulässigkeit einer Pfändung körperlicher beweglicher Sachen des Schuldners überhaupt ist nach § 712 ff. der Civilprozeßordnung, daß dieselben sich im ausschließlichen Gewahrsam des Schuldners oder des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden. Denn die Zwangsvollstreckung findet in dem Umfange der Vermögensrechte des Schuldners ihre Grenze; der Gläubiger darf also auch nicht mittels Pfändung in die Rechtssphäre eines dritten Besitzers bzw. Mitbesitzers gegen dessen Einspruch eingreifen, so wenig wie dem Schuldner selbst die eigenmächtige Verrückung der betreffenden Besitzverhältnisse zu gestatten wäre. Es unterliegt hiernach, da auch die Rechtsnatur des juristischen Besitzes nach der vorherrschenden richtigen Ansicht nicht zu bezweifeln ist, keinem berechtigten Bedenken, daß durch die Bestimmung des § 690 der Civilprozeßordnung auch solche Besitzrechte dritter Personen geschützt werden sollten. Mag demnach zwar der Beklagte die streitigen Objekte als Gegenstände der Zwangsvollstreckung an-

greifen dürfen, so ist dies doch nicht in der Form eines vom Gerichtsvollzieher einzuleitenden Pfändungsverfahrens zulässig; es muß ihm, worauf er in den Gründen der Vorentscheidung bereits hingewiesen ist, überlassen bleiben, gegen seinen Schuldner anderweitig in der gesetzlich geeigneten Weise vorzugehen.

Von den Einreden des Beklagten ist diejenige, daß der Kläger bereits vor der Pfändung aus der Rechtsgemeinschaft mit dem Schuldner ausgeschieden sei, in dem angefochtenen Urteile der Prozeßlage entsprechend berücksichtigt, und erhebt auch der Berufungskläger in dieser Richtung keine selbständige Beschwerde. Die weiter vorgebrachten beiden Einreden sind vom Landgerichte mit zutreffender Begründung zurückgewiesen. Sie gehen darauf hinaus, daß der Beklagte mit seinen dort begründeten angeblichen Gegensprüchen an den Kläger gegen den Klaganspruch, welchen er, weil es sich gegenwärtig, nachdem der Kläger die Freigabe der gepfändeten Gegenstände gegen Hinterlegung einer den Gegner sichernden Geldsumme erwirkt hat, praktisch darum handelt, ob der Kläger die Rückgabe dieser Summe begehren darf oder ob er die Befriedigung des Beklagten daraus auf Grund der Pfändung gestatten muß, als Geldforderung behandelt, aufrechnen will. Allein es fehlt hier an den rechtlichen Voraussetzungen einer Aufrechnung wechselseitiger Forderungen. Denn die von Seiten des Klägers erfolgte Hinterlegung geschah selbstverständlich mit dem Vorbehalte, sein Widerspruchsrecht hinsichtlich der hinterlegten Summe in derselben Weise geltend zu machen, wie ihm dies in Betreff der Pfandobjekte selbst zustand. Jene Summe bildet lediglich ein Surrogat der letzteren, ohne daß der Charakter des mit der Klage verfolgten Anspruches auf Schutz des klägerischen Besitzstandes eine Änderung erlitten hätte.

---

16. Voraussetzungen der Klage aus § 710 der C.-P.-O. Bu. 127/1886.

Der Viehhändler B. in G. hatte dem Erbpächter J. in L. verschiedene bewegliche Sachen im Wege der Zwangsvollstreckung pfänden lassen und den Erlös ausbezahlt erhalten. Die Ehefrau des gepfändeten Schuldners, welche eine den Schuldbetrage bedeutend übersteigende, im September 1881 ins Vorrechtsregister eingetragene Dotalforderung zu haben behauptete, hatte vor der Auszahlung des Pfanderlöses an den Gläubiger den ihr unter Voraussetzung des Beweises ihrer Dotalforderung zustehenden Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Auktionserlöse nicht im Wege der Klage geltend gemacht — cfr. § 710 der C.-P.-Ordnung Abs. 1 —, dagegen hat sie — cfr. loco cit. Abs. 4 — vor solcher Auszahlung aber nach der inzwischen erfolgten Eröffnung des Konkurses über das Vermögen ihres Ehemannes bei dem Amtsgericht L. den Antrag gestellt, die Hinterlegung des Erlöses anzuordnen, ist aber durch den Beschluß des genannten Amtsgerichts vom 1. Mai 1886 damit zurückgewiesen, weil von ihr nicht dargethan sei, daß sie dem durch Pfändung begründeten Pfandrechte gegenüber ein Recht besitze, welches ihr nach § 710 der C.-P.-Ordnung einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse gewähre, indem nach § 709 der C.-P.-Ordnung das Pfändungspfandrecht dem durch § 19 ff. der Ausführungsverordnung zur Konkursordnung gewährten Vorrechte vorgehe. Nunmehr beantragte sie klagend:

den Erbpächter J. zur Zahlung des Pfanderlöses zu verurteilen.

Dieser Anspruch wurde in erster Instanz abgewiesen und die Berufung der Klägerin durch Urteil des Oberlandesgerichts vom 22. November 1886 zurückgewiesen.

Gründe.

Zunächst bejaht das Gericht die schon früher zu wiederholten Malen geprüfte und stets in gleichem Sinne entschiedene Frage, ob die Klägerin für ihre etwa bestehenden Dotalansprüche auch nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen ihres Ehemannes Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der für den Beklagten gepfändeten Sachen gegen den Letzteren nach Maßgabe des § 710 der C.-P.-Ordnung hätte erheben können.

Im vorliegenden Falle ist nun aber unbestritten, daß die Klägerin vor Aushändigung des Erlöses aus den ihrem Ehemanne gepfändeten und für den Beklagten verkauften Sachen die ihr an sich zuständig gewesene Klage nicht erhoben hat. Daß sie vor

solcher Aushändigung bei dem Amtsgericht L. den — über dies dem Beklagten nicht zugestellten — Antrag auf Anordnung der Hinterlegung des Erlöses in Gemäßheit des § 710 Abs. 4 gestellt hat, ist rechtlich unerheblich, da dieser Antrag abgelehnt ist, sie sich bei diesem ablehnenden Beschlusse beruhigt und folgeweise die Aushändigung des Erlöses seitens des Gerichtsvollziehers an den Beklagten nicht verhindert hat.

Das Gericht schließt sich aber auch der vom Beklagten vertretenen und von dem vorigen Richter adoptierten Ansicht an, wonach es im Sinne und in der Absicht des § 710 liegt, daß der dort erwähnte Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse wenigstens regelmäßig und in Ermangelung etwaiger besonderer dem Vorzugsberechtigten zur Seite stehender Rechtsgründe nur mittels einer vor Aushändigung des Erlöses an den Pfändungspfandgläubiger gegen diesen zu erhebenden Klage soll geltend gemacht werden können, und vermag insbesondere nicht die von v. Wilmowsky und Levy in ihrem Kommentar zur Civilprozeßordnung, 3. Auflage ad § 710 Nr. 3 verteidigte Ansicht zu teilen, welche anscheinend dahin geht, daß die Auszahlung des Erlöses an den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger vor Erhebung der Klage das materielle Recht des Dritten auf vorzugsweise Befriedigung überhaupt nicht beseitigen und nur die Zuständigkeit der im § 710, Abs. 2 bezeichneten Gerichte durch die Erhebung der Klage vor Beendigung des Vollstreckungsverfahrens bedingt sein soll. Vielmehr entscheidet sich das Gericht für die, auch schon in einem früheren Falle — Urteil vom 1. März 1882 ad Po. 11/1881 — befolgte Annahme, daß die Interventionsklage aus § 710 Abs. 1 nur während des Zwangsvollstreckungsverfahrens, nicht aber mehr nach Beendigung dieses Verfahrens durch Befriedigung des Gläubigers, für zulässig zu erachten ist. Die Bestimmung des § 710 hat ihren Platz in dem 8., die Zwangsvollstreckung behandelnden Buche und es spricht diese Anordnung dafür, daß der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung innerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens geltend gemacht werden, nach Beendigung dieses Verfahrens aber für die Geltendmachung solches Anspruchs kein Raum mehr sein, und

insbesondere durch die vor Erhebung der Klage geschehene Auslieferung des Erlöses die Sache ihre definitive Erledigung erhalten soll. Andernfalls würde niemals, wenigstens nicht vor Ablauf der Verjährungszeit, ein ruhiger, fester Zustand eintreten, indem event. derjenige, dem auf Grund seines Vorzugsrechtes gelungen wäre, dem befriedigten Pfändungspfandgläubiger den Erlös ganz oder teilweise zu entreißen, auch seinerseits nicht gegen die etwaige spätere Geltendmachung besserer Vorzugsrechte gesichert sein würde.

Es ist anzuerkennen, daß der Ehefrau nach dem bis zur Emanation der Reichsjustizgesetze hier zu Lande geltenden gemeinen Rechte unter den geeigneten Voraussetzungen wegen ihrer Dotalforderungen eine, insbesondere auch nicht durch den auf Instanz eines Gläubigers des Mannes geschehenen Verkauf von Sachen des Mannes in ihrer Zulässigkeit und Wirksamkeit beeinträchtigte actio hypothecaria gegen den dritten Besitzer, in specie gegen den Käufer solcher Sachen zustand, während ihr — cfr. l. 1 D. de distr. pign. (20,5) — gegen den den Verkauf der Sachen betreibenden, ihr in der Priorität nachstehenden Gläubiger kein Anspruch auf Entziehung der ihm zuteil gewordenen Befriedigung gegeben war, und daß diese zu ihrem Schutze gereichende actio hypothecaria durch den § 709 der C.-Pr.-O. genommen ist, daß also eine gewisse Billigkeit dafür sprechen mag, für den Wegfall der an keine Frist gebundenen actio hypothecaria einen Ersatz in der Weise zu gewähren, daß sie ohne Beschränkung auf die Zeit bis zur Beendigung des Vollstreckungsverfahrens, resp. bis zur Auslieferung des Erlöses an den Pfändungspfandgläubiger, also auch nach solcher Auslieferung, ihre Prioritätsrechte gegen denselben zur Geltung bringen dürfe. Indessen in Ermangelung einer bezüglichen ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung erscheint es doch gewagt und mehr als bedenklich, auf Grund derartiger Billigkeitsrücksichten den supponierten ebenerwähnten Grundsatz als geltendes Recht anzuerkennen und anzuwenden.

Unbedenklich ist dagegen zuzugeben, daß durch den § 710 cit. sonstige, dem Vorzugsberechtigten etwa nach allgemeinen Rechtsprinzipien zustehende Rechte nicht entzogen sind, und ist deshalb zu untersuchen, ob die erhobene Klage auf derartige, der Klägerin

zur Seite stehende allgemeine Rechtsgründe gestützt werden kann. Wilmowski und Levy begründen ihre referierte Ansicht damit, daß der Pfändungspfandgläubiger durch seine Befriedigung zum Nachteil des Vorzugsberechtigten eine Bereicherung erhalte, welche kondiziert werden könne. Es fragt sich aber gerade darum und ist zu beweisen, daß der Vorzugsberechtigte ein allgemeines, von den Voraussetzungen des § 710 unabhängiges Vorzugsrecht habe und enthält mithin die versuchte Begründung eine petitio principii. Nach dem im Vorgehenden Ausgeführten ist nur ein in Maßgabe des § 710 beschränkter und bedingter Anspruch auf Geltendmachung des Vorzugsrechtes anzunehmen, und wenn der Vorzugsberechtigte seinen Anspruch in dieser Weise geltend zu machen versäumte und die Auszahlung des Erlöses an den Pfandungspfandgläubiger geschehen ließ, so stand demselben von diesem Zeitpunkte an eben kein Recht mehr zu, welches benachteiligt werden könnte. Ist es auch wahr, daß der Pfändungspfandgläubiger dadurch, daß der Vorzugsberechtigte es unterlassen hat, sein Vorzugsrecht in der richtigen Zeit und in der richtigen Weise zur Geltung zu bringen, in eine ihm günstigere Rechtslage gebracht ist, so hat er dies eben der Versäumung des Vorzugsberechtigten zu danken, er selbst hat durch die von ihm veranlaßte Pfändung und durch den in Verfolg derselben geschehenen Verkauf der Pfandsachen, resp. durch den Empfang des daraus erzielten Erlöses aber nur ein ihm zustehendes Recht in gesetzlicher Weise ausgeübt, und, wenn man dem eben Bemerkten zufolge auch immerhin in einem gewissen faktischen Sinne mag sagen können, er sei auf Kosten des säumigen Vorzugsberechtigten befriedigt, so ist er doch nicht auf dessen Kosten ungerechtfertigt bereichert: Durch den Empfang des Erlöses nur suum recepit und — jura vigilantibus scripta sunt.

Die Klägerin hat den erhobenen Anspruch endlich auch auf einen dem Beklagten vorgeworfenen dolus zu stützen versucht. In erster Instanz hatte sie in dieser Beziehung nur behauptet, daß sie dem Gerichtsvollzieher D. gegenüber Widerspruch gegen die Aushändigung des Erlöses an den Beklagten erhoben habe. Dies ist um so unbedenklicher als rechtlich unerheblich anzusehen,

als der Gerichtsvollzieher insoweit nicht als Vertreter des Beklagten, der die Pfändung betrieben hat, zu betrachten ist. In jetziger Instanz hat die Klägerin den Vorwurf des dolus nun durch die weiteren vom Beklagten ebenso wie die früheren bestrittenen Behauptungen zu begründen versucht, sie habe den dem D. gegenüber erklärten Widerspruch damit motiviert, daß sie ein Vorrecht vor dem Beklagten habe und geltend mache, D. habe auch von diesem ihren Proteste dem Sachwalt des Beklagten, und Letzterer wieder dem Beklagten Mitteilung gemacht. Ob in dem erwähnten neuen Vorbringen jetziger Instanz eine Änderung oder nur eine Emendation und Vervollständigung der Klage zu befinden ist, kann unentschieden bleiben, da dies Vorbringen gleichfalls für unerheblich zu halten ist. Abgesehen davon, daß die Klägerin nicht behauptet hat, der Gerichtsvollzieher habe die fragliche Mitteilung in ihrem Auftrage gemacht, würde eine derartige allgemeine von dem Gerichtsvollzieher in ihrem Auftrage oder von ihr selbst dem Beklagten oder dessen Vertreter gemachte Erklärung, daß sie Dotalforderungen habe und den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung geltend mache, nicht einmal geeignet sein, in dem Beklagten resp. in dessen Vertreter die Überzeugung von dem wirklichen Vorhandensein von Dotalforderungen hervorrufen zu müssen, und, wenn dies selbst angenommen werden könnte, so würde der gegen den Beklagten erhobene Vorwurf des dolus nicht etwa um deswillen gerechtfertigt sein, weil er unter Nichtbeachtung dieser Mitteilung den Gerichtsvollzieher in der Zwangsvollstreckung vorschreiten ließ, resp. den Erlös in Empfang nahm, vielmehr war er befugt, seine durch die Pfändung erworbenen gesetzlichen Rechte durch Vollziehung des Verkaufes und Entgegennahme des Erlöses zur Realisierung zu bringen und zu erwarten, ob die Klägerin in solcher Realisierung durch Erhebung der Klage in Gemäßheit des § 710 entgegentreten werde, was eben nicht geschehen ist. —

---

17. Verjährung der Litispendenz. Su. 150/1886.

Der Baumeister H. in N. hatte für den Grundeigentümer St. in G. zufolge eines mit demselben am 16. Juni 1875 abgeschlossenen Vertrags den Bau eines Wohnhauses und eines Stallgebäudes ausgeführt und wegen einer aus diesem Rechtsverhältnisse ihm gegen den Beklagten angeblich noch zustehenden Restforderung von 405 Mk. nebst Verzugszinsen im November 1878 Klage erhoben. Das auf diese Klage eingeleitete Verfahren hatte, bevor es zur Litiskontestation gekommen war, seit der am 5. März 1879 erlassenen richterlichen Verfügung „bis auf weiteren Antrag ad acta" geruht und ist, nachdem eine am 8. November 1883 angestellte neue Klage von dem Kläger zurückgenommen und ein am 19. Dezember 1885 von dem Kläger eingegebener Anruf ebenso wie eine am 24. Oktober 1885 erhobene neue Klage zurückgewiesen war, erst auf eine im Dezember 1885 in Gemäßheit der Vorschriften der C.-Pr.-O. erfolgte Ladung des Beklagten fortgesetzt und durch Urteil der I. Civilkammer des Großherzoglichen Landgerichts zu N. vom 26. Mai d. J. in erster Instanz zum Abschlusse gebracht worden. Durch dies Urteil ist die Klage auf Grund der von dem Beklagten vorgeschützten Einrede der Verjährung in Gemäßheit der Vorschriften der Verordnung vom 2. Juni 1855 betreffend die Einführung kurzer Verjährungsfristen für mehrere Arten persönlicher Klagen abgewiesen. — Das Oberlandesgericht bestätigte diese Entscheidung durch Urteil vom 29. November 1886.

Gründe.

Es handelt sich — betreffend die von dem Beklagten vorgeschützte Einrede der Verjährung —, nachdem der Beklagte nicht länger bestritten hat, daß die klagend geltend gemachte Forderung zu den im § 1 Nr. 7 der Verordnung vom 2. Juni 1855 bezielten Forderungen gehört, nur um die Frage, ob die im § 1 Abs. 1 der genannten Verordnung festgesetzte 3jährige Verjährungsfrist auch für die Verjährung des in litem deduzierten klägerischen Anspruchs normiert. Diese Frage ist mit dem ersten Richter unbedenklich zu bejahen. Namentlich ist der Einwand des Klägers, daß die sg. Verjährung der Litispendenz von der erwähnten Verordnung überhaupt nicht berührt werde, ein unzutreffender. Demselben steht schon die Erwägung entgegen, daß die Verordnung ihrem Inhalte nach offenbar bezweckt, für mehrere Arten persönlicher Ansprüche deren Verjährung in umfassender Weise zu regeln, und daß dieselbe die ausgesprochene Tendenz einer Abkürzung der durch ihre lange Dauer zu Übelständen führenden gemeinrechtlichen

Verjährungsfristen verfolgt. Überdies aber ist die sg. Verjährung der Litispendenz ihrem Wesen nach nichts Anderes, als die Verjährung des Anspruchs selbst. Die letztere fand nach Erhebung der Klage im älteren römischen Rechte — vgl. l. 139 Dig. L, 17 — nur deshalb nicht statt, weil dasselbe, abgesehen von den gesetzlich von vornherein befristeten sg. temporales actiones eine allgemeine Anspruchsverjährung überhaupt nicht kannte. Als durch das Theodosianische Verjährungsgesetz grundsätzlich die Verjährung sämtlicher Aktionen eingeführt wurde, unterwarf man derselben ohne Weiteres auch die in judicium deduzierten Ansprüche — vgl. v. Savigny, System V § 243 Anm. o —, und durch die Justinianische l. 9 Cod. VII, 39 ist hier nur insoferne eine Änderung getroffen, als bestimmt ist, daß diese Ansprüche erst nach Ablauf eines 40jährigen, nach Vornahme der letzten prozessualen richterlichen Handlung beginnenden Zeitraums verjähren sollen. Aus dieser letzteren Bestimmung erklärt es sich, daß man von einer besonderen Verjährung der Litispendenz spricht. In Wirklichkeit hat diese Bezeichnung nur insoferne rechtliche Bedeutung, als sie zum Ausdrucke bringt, daß nach neuerem römischen Recht auch die bereits angestellten Klagen der Verjährung unterliegen, die Frist für die unterbrochene, im Verlaufe des Prozesses neubeginnende Verjährung aber eine längere, als die regelmäßige ist. Indem nun die Verordnung vom 2. Juni 1855 in § 3 sub 2 und 3 bestimmt, daß, wenn eine Unterbrechung der Verjährung eintritt, die bis dahin abgelaufene Zeit als nicht abgelaufen anzusehen sei, und daß, wenn nach erfolgter Unterbrechung eine neue Verjährung beginne, es zur Vollendung derselben eines 3jährigen Zeitraums bedürfe, so läßt sie für den Fall der Litispendenz zwar im Übrigen die gemeinrechtlichen Grundsätze unberührt, beschränkt aber, ihrer Tendenz entsprechend, die Verjährungsfrist auf einen 3jährigen Zeitraum. Denn für die Annahme, daß diese generelle Bestimmung auf den hauptsächlichsten Fall der Unterbrechung der Klageverjährung, nämlich derjenigen der Klageerhebung, nicht zu beziehen sei, fehlt es an jeglichem Grunde, und läßt vielmehr die Bestimmung des § 3 sub 4, nach welcher, soferne wegen des eingeklagten Anspruches eine rechtskräftige Ver-

urteilung eingetreten oder der Rechtsstreit nach erhobener Klage durch Vergleich beendigt worden ist, die ordentliche 30jährige Verjährung eintreten soll, per argumentum a contrario deutlich erkennen, daß in den Fällen, in welchen nach erhobener Klage weder ein Urteil ergangen noch ein Vergleich geschlossen ist, die kürzere Verjährungsfrist von 3 Jahren Platz greifen soll.

Litteratur.

Handausgabe der Konkursordnung für das Deutsche Reich auf der Grundlage seines Kommentars nebst einem Anhange, enthaltend das Anfechtungsgesetz ꝛc., bearbeitet von **G. v. Wilmowski**, Geh. Justizrat. Berlin, Franz Vahlen, 1886. 136 SS.

Deutsche Konkursordnung. Hand-Ausgabe für den praktischen Gebrauch von **Bendix**, Rechtsanwalt. Düsseldorf, L. Schwann, 1887. 183 SS. Preis: brosch. 2 Mk.; geb. 2 Mk. 50 Pf.

Zwei gleich empfehlenswerte Hülfsmittel der Praxis. v. Wilmowski, dem wir eine ähnliche Ausgabe auch der Civilprozeßordnung verdanken (vgl. Bd. IV dieser Z.-S., S. 214), hat den überall durchbrechenden Vorteil voraus, auf einer durch seinen Kommentar sich bereits geschaffenen festen Grundlage zu arbeiten. Diesem Umstand verdanken wir wohl auch mit die umfassendere Berücksichtigung der reichsgerichtlichen Judikatur, die nicht nur, wie bei Bendix, den „Entscheidungen" des Reichsgerichts, sondern auch der Juristischen Wochenschrift, den Rassow-Küntzel'schen Beiträgen und Wallmann's D. J. Z. entnommen wird. Das Büchlein von Bendix auf der andern Seite erhält durch eingestreute Begriffsbestimmungen und allgemeinere Lehrsätze, sowie durch geschickte Verwertung der besten Literatur des

preußischen und rheinischen Rechtes ein mehr theoretisches Gepräge, das seiner praktischen Brauchbarkeit übrigens durchaus keinen Abbruch thun dürfte. Insbesondere wird es solche für die Länder des preußischen und rheinischen Rechts bewähren, da es außer der Litteratur auch die Gesetzesbestimmungen des Allg. preuß. L.-R. und des Code civil überall sorgfältig berücksichtigt.

Birkmeyer.

Die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen, ihre Vorzüge und Schäden. Von **Dr. Fritz Friedmann**, Rechtsanwalt beim Landgericht Berlin I. Berlin, J. J. Heine, 1887. 67 SS. klein 8⁰.

Das Schriftchen bekämpft den in der vorigen Session dem Deutschen Reichstag vorgelegten Gesetzentwurf betr. die unter Ausschluß der Öffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen. Dieser Entwurf ist bekanntlich unerledigt geblieben. Nachdem jedoch ein ähnlicher Entwurf in der gegenwärtigen Reichstagssession wiederum vorgelegt werden wird, bleibt das mit praktischem Verständnis in anregender Diktion verfaßte Büchlein auch jetzt noch von Wert und Interesse.

Birkmeyer.

Die Civilprozeß-Ordnung für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. Unter Berücksichtigung der Entscheidungen des Reichsgerichts und der neueren Gesetzgebung zum praktischen Handgebrauche bearbeitet von **J. A. Schroetter**, Landgerichtsdirektor.

Düsseldorf, Schwann, 1887. X und 379 SS. klein 8⁰.

Die „neuere Gesetzgebung", welche das Büchlein berücksichtigt, ist fast ausschließlich die preußische; denn für den preußischen Praktiker scheint es zunächst geschrieben. Aber auch dem nichtpreußischen Juristen wird es von Nutzen sein, insbesondere nachdem von den, die Reichsgerichtsentscheidungen ebenfalls berücksichtigenden, Ausgaben von Backoffner (1883) und v. Wilmowski u. Levy (1884) inzwischen keine weiteren Auflagen erschienen sind. Referent hat eine Anzahl Citate näher geprüft und sie meist richtig und auch am rechten Orte befunden. Unrichtig ist z. B. das Citat auf S. 40 in Nr. 150, wo es statt „VII. 357" heißen muß „IV. 357"; und auf S. 41 in Nr. 153, wo es statt „XI. 389" heißen muß „IX. 389"; unrichtig ist ferner die Bezeichnung der Plenar-Entscheidung zu § 94 C.-Pr.-O. (Nr. 123 b) als Beschluß: es handelt sich vielmehr um ein Urteil. Auch die eignen Bemerkungen des Verfassers erregen manchmal Bedenken. So dürfte Schroetter mit seiner Behauptung zu § 405 C.-Pr.-O. (S. 148 N. 421 a): „Den Diffessionseid hat die C.-Pr.-O. nicht aufgehoben" wohl allein stehen (vgl. z. B. die Kommentare von L. Seuffert [3. Aufl.] zu § 404 sub 2 i. f.; von v. Wilmowski u. Levy [4. Aufl.] zu § 405 sub 1; von Struckmann u. Koch [5. Aufl.] zu § 404 sub 3). So hat Schroetter ferner (in Folge eines Druckfehlers in den Entscheidungen X S. 274) das Urteil des R.-G. vom 20. März 1883 gänzlich mißverstanden, wenn er aus demselben die Bemerkung zu § 14 E.-G. (S. 341 Nr. 29) schöpft: „Der § 14 bezieht sich nur auf Beweisvorschriften". Das Reichsgericht konnte dies doch schon nach dem klaren Wortlaut des § 14 (insbes. sub Z. 4) nicht sagen wollen. Es hat vielmehr jene Behauptung nur bezüglich der Z. 2 des § 14 aufstellen wollen.

Birkmeyer.

Entscheidungen
der Civilsenate des Oberlandesgerichts.

1. Anfechtung im Konkurse. Begriff der Zahlungseinstellung. Ae. 8. 1885.

Der Vertreter im Konkurse über das Vermögen des Maurermeisters S. in H. hatte einen vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung befriedigten Gläubiger aus § 23, 1 und § 24, 1 der Konkursordnung auf Erstattung verklagt. In der von dem Verurteilten beschrittenen Berufungsinstanz berief sich der Kläger auch noch auf § 23, 2 der Konkursordnung.

Durch Zwischenurteil vom 10. Juli 1886 erklärte das OLGericht die Klage, soweit dieselbe sich auf § 23, 1 und 2 stützt, für unbegründet. Die relevanten Thatsachen ergeben sich aus folgenden

Gründen.

In erster Instanz ist die Anfechtungsklage nur auf Verletzung der §§ 23 Nr. 1 und 24 Nr. 1 der Konkursordnung gestützt, in der Berufungsinstanz hat der Kläger dieselbe auch als nach § 23 Nr. 2 daselbst begründet hinzustellen gesucht. Der Ansicht des Beklagten, daß hierin eine unzulässige Klageänderung liege, kann nicht beigetreten werden, weil in der bloßen Hinweisung darauf, daß auch noch ein anderer rechtlicher Gesichtspunkt, als die früher zur Sprache gekommenen, für die Entscheidung über das streitige Rechtsverhältnis maßgebend werden könne, eine Änderung des Klagegrundes um so weniger zu befinden, als das Gericht ohnehin verpflichtet ist, demselben Beachtung zu schenken. In der That handelt es sich im vorliegen-

den Falle um die Hingabe von Hypothekenscheinen zur Befriedigung des Beklagten wegen des Preises der von ihm für den Gemeinschuldner gelieferten Arbeiten, mithin um eine Rechtshandlung, welche ihm eine Befriedigung gewährt, die er, wenn nicht der Gemeinschuldner, wie Beklagter behauptet, aber noch nicht nachgewiesen hat, diese Hingabe schon Ostern 1884 versprochen haben sollte, nicht in der Art zu beanspruchen hatte. Für den Fall des Mißlingens dieses Beweises würde somit § 23, 2 anwendbar werden, und danach zur Frage kommen, ob die am 1. Juli 1884 vorgenommene Rechtshandlung in die Frist von 10 Tagen vor der klägerischerseits behaupteten Zahlungseinstellung hineinfällt, mithin, ob die Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners spätestens am 11. Juli stattgefunden hat. Diese Frage ist vom Gericht verneint und angemessen befunden, die Unanwendbarkeit des auf Zahlungseinstellung innerhalb der kritischen Zeit gestützten Klagegrundes durch Zwischenurteil auszusprechen.

2. Kläger hat zur Begründung seiner Berufung auf Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners schon vor dem Johannistermin, spätestens aber am 10. Juli 1884 Nachstehendes angegeben. Schon Neujahr 1884 habe der Gemeinschuldner die eingegangenen Rechnungen von circa 9000 Mark nicht bezahlen können und verschiedenen Gläubigern erklärt, daß er nicht zahlen könne, solche Erklärung auch im Johannistermine 1884 wiederholt. Zum Maler B. habe er geäußert, wenn alle so angefaßt würden, wie er, dann wären viele herum. Außerdem sei er noch vor Johannis von mehreren anderen Gläubigern vergeblich zur Zahlung aufgefordert und habe ebenfalls erklärt, daß er nicht zahlen könne. Klagen seien vor dem 1. Juli gegen ihn nicht erhoben, am 2. Juli habe ihm aber der Glaser B. einen Zahlungsbefehl über 217 Mark zugestellt, gegen welchen er Widerspruch erhoben habe, und am 5. Juli habe ihn der Müller S. wegen 385 Mark verklagt. — Am 12. Juli habe er seine gesammte Habe seinem Schwager, dem Gastwirt W., zu Eigentum zur Sicherheit wegen der von letzterem für ihn übernommenen Bürgschaften verschrieben, W. habe nach der am 15. Oktober erfolgten Konkurseröffnung, mit der Anfechtungsklage bedroht,

sämmtliche Sachen zurückgegeben. Johannis 1884 habe der Gemeinschuldner auch seine Hypothekenkapitalien (dieselben betragen nach dem Inventar zusammen 24000 Mark, von denen jedoch 1500 Mark für die Wittwe S., 1500 Mark für den Beklagten und 1800 Mark für den Kaufmann M. erst in, beziehungsweise nach diesem Termine entstanden sind) im übrigen unbezahlt gelassen, nur dem Thierarzt B. einjährige Zinsen zu 5 pCt. auf 7500 Mark bezahlt. Die Zinsen auf einige Hypothekenpöste seien sogar nur bis Johannis 1883 bezahlt. — Die bei dem Gemeinschuldner beschäftigten Gesellen hätten im Juni ihren Lohn nur abschläglich erhalten. Die von den Gesellen und Arbeitern im Konkurse angemeldeten Ansprüche zum Gesamtbetrage von 701 Mark 54 Pf. bezögen sich nicht bloß auf die Zeit nach dem 1. Juli, wenn Kläger auch anerkenne, daß dies bei dem größeren Teile der Fall sei. — Endlich habe der Gemeinschuldner auch die Arbeiten einstellen lassen, und habe der Hofmaurermeister H. die ihm übertragenen Bauten zur Fortführung übernommen. Über die Zeit der Einstellung der Arbeiten sind die Angaben des Klägers in den von ihm zum Vortrag gebrachten Schriftsätzen schwankend. In der Klage [1] p. 6 ist angegeben, dieselbe habe alsbald nach Johannis 1884 stattgehabt, in dem Schriftsatze [3] I. S. 8, S. habe in der Zeit vom 13.—20. Juli an H. erklärt, er könne nicht weiter, derselbe möge nur die Bauten übernehmen. In dem Schriftsatze [5] II. S. 10 wird an der Behauptung festgehalten, daß die Bauten bald nach Johannis eingestellt seien, Seite 15 bestritten, daß er noch nach dem 1. Juli sein Geschäft fortgeführt habe, dagegen wieder Seite 13 angegeben, daß er am 13. Juli zu H. geäußert, er könne seine Bauten nicht fortsetzen. Diese Äußerung soll sich nach [12] act. Seite 20 auf die St.'er Bauten bezogen haben und in der Woche vom 7. bis 13. Juli 1884 erfolgt sein. Auf sonstige von dem Kläger bezüglich der Zeit der Einstellung der einzelnen Bauten seitens des Gemeinschuldners abgegebene Erklärungen wird weiter unten (Nr. 5) zurückgekommen werden. Beklagter hat die vorstehenden Angaben nicht bloß in vielen Beziehungen bestritten, sondern auch unternommen, durch positive Angaben darzuthun,

daß der Annahme einer Zahlungseinstellung die Leistung, beziehungsweise das Anbieten verschiedener Zahlungen, sowie die Fortsetzung des Geschäfts bei einer Anzahl von Bauten entgegensteht.

3. Für die Anwendung der Vorschriften des § 23 der Konkursordnung ist nicht, wie nach § 94 für die Eröffnung des Konkurses das Vorhandensein der Zahlungsunfähigkeit das entscheidende Moment, und die Zahlungseinstellung nur als eine derjenigen Äußerungen, aus denen die Zahlungsunfähigkeit zu erkennen ist, in Betracht zu ziehen, vielmehr kommt es hier ausschließlich darauf an, ob die Zahlungseinstellung stattgehabt hat. Der Begriff der Zahlungseinstellung hat in dem Gesetze eine nähere Erläuterung nicht gefunden, insbesondere ist von einer Aufführung von Beispielen, aus denen sie zu entnehmen, wie solche in der früheren preußischen Konkursordnung sich findet, Abstand genommen. Die Motive heben als bei der Prüfung der Frage, ob Zahlungseinstellung vorhanden ist, maßgebende Hauptgesichtspunkte hervor, daß dieselbe eine allgemeine sein müsse (wobei jedoch vereinzelte Zahlungen und Rechtsgeschäfte, die der Gemeinschuldner vornehme, der Annahme, daß Zahlungseinstellung stattgehabt habe, nicht entgegenstünden), und daß sie in der Zahlungsunfähigkeit ihren Grund haben müsse. Hingewiesen wird ferner auf die Motive zum preußischen Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, woselbst Seite 373 gesagt ist: „Die Zahlungseinstellung ist eine nach der unendlichen Verschiedenheit der Fälle in den verschiedensten Weisen zur Erscheinung kommende Thatsache, deren Auffassung der Anschauung des Falles und des (kaufmännischen) Verkehrslebens und der vernünftigen Einsicht des Richters anheimgegeben werden muß." Weiter wird der Ansicht des früheren preußischen Obertribunals, daß von einer Zahlungseinstellung nur bei einem Kaufmann die Rede sein könne,

siehe von Völderndorff Konkursordnung zu § 13 Seite 268 Note 3,

entgegen bemerklich gemacht, daß die Zahlungseinstellung überall denkbar sei, wo sich der Begriff der laufenden Zahlung finde,

und daß sie selbst bei einem Privatmann, welcher weder ein kaufmännisches, noch ein sonstiges Gewerbe, aber Geldgeschäfte betreibe, vorkommen könne, wenn man auch mit der Behauptung zu weit gehen werde, daß sie stets bei jedermann eintreten könne.

4. Geht man von der vorstehenden als zutreffend erscheinenden und auch in Theorie und Praxis gebilligten Auffassung aus, so kommt zunächst zur Frage, ob nicht der von dem Kläger behaupteten, von dem Beklagten bestrittenen Erklärung des Gemeinschuldners gegenüber verschiedenen Gläubigern, daß er nicht zahlen könne, wenn dieselbe erwiesen würde, entscheidendes Gewicht beizulegen sei, wie dies in dem in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. VI. Seite 95 fg. abgedruckten Falle geschehen ist. Dies erscheint aber nach den vorliegenden Umständen unstatthaft. Der Gemeinschuldner soll schon zu Neujahr 1884, als er seine eingegangenen Rechnungen in der Höhe von 9000 Mark nicht bezahlte, gegenüber mehreren Gläubigern diese Erklärung abgegeben und dieselbe im Johannistermine wiederholt haben, er soll, wie der Hofmaurermeister H. auf Grund ihm von denselben gemachter Mitteilungen bestätigt, dasselbe zu andern Gläubigern vor Johannis auf deren Aufforderung zur Zahlung gesagt haben. Keiner der Gläubiger, denen gegenüber schon Neujahr diese Erklärung abgegeben sein soll, ist durch dieselbe zu einem Einschreiten gegen den Gemeinschuldner, sei es durch Klage, oder durch den Antrag auf Konkurseröffnung, veranlaßt, er hat unbestritten nach derselben sein Geschäft im erheblichen Umfange fortgesetzt und noch am 5. Februar 1884 von dem Seilermeister H. verschiedene Grundstücke zu dem Gesammtpreise von 8400 Mark gekauft ([12] II. Seite 40) und auf einem derselben ein Haus für den Konditor K. zu bauen übernommen. Kläger selbst behauptet nicht, daß derzeit eine Zahlungseinstellung stattgefunden. Auch nach den späteren gleichen Äußerungen haben die Gläubiger in ihrer Mehrzahl sich beruhigt, und sind nur von zweien im Laufe des Juli gerichtliche Anträge gestellt, während die Konkurseröffnung erst, nachdem der Gemeinschuldner am 12. September flüchtig geworden war, am

15. Oktober 1884 beantragt ist. Die Angabe des Klägers, es sei die Meinung verbreitet gewesen, daß derjenige, welcher die Eröffnung des Konkurses beantrage, die Kosten des Verfahrens zu tragen haben werde, reicht zur Erklärung dieses Verhaltens der Gläubiger nicht aus, es ist vielmehr anzunehmen, daß die fraglichen Erklärungen von dem pp. S. nicht in dem Sinne abgegeben und von den Gläubigern verstanden sind, daß er damit seine Zahlungen einstellen wolle (wogegen auch sein Bestreben, die andrängenden Gläubiger zu befriedigen, von welchem weiter unten noch die Rede sein wird, spricht), daß er vielmehr durch dieselben nur eine Zahlungsfrist erreichen wollte. Für diese Auslegung kommt noch in Betracht, daß er zu dem Maler B. gesagt haben soll, wenn alle so angefaßt würden, wie er, dann wären viele herum, wodurch er denselben auf die nach seiner Ansicht im Verkehrsleben ungewöhnliche Schärfe der an ihn gerichteten Anforderungen hinwies und zur Befristung zu bestimmen suchte. Von einer Beweisaufnahme bezüglich dieser Erklärungen war sonach abzusehen.

5. Von erheblicher Bedeutung würde es sein, wenn bewiesen wäre, daß der Gemeinschuldner spätestens am 11. Juli 1884 sein Geschäft eingestellt hätte, dieser Nachweis ist aber nicht erbracht. Zunächst ist es schon nach den Angaben des Klägers nicht klar, ob eine solche Behauptung hat aufgestellt werden sollen, da die Zeitbestimmung „alsbald nach Johannis“ eine unbestimmte ist, die Einstellung der Arbeiten mit der Übernahme derselben durch H. in Verbindung gebracht und weiter behauptet ist, daß S. diesem gegenüber in der Zeit vom 13. bis zum 20. Juli (also nach dem kritischen Tage) erklärt habe, er könne nicht weiter, derselbe möge die Bauten nur übernehmen. Aber auch abgesehen hiervon, steht die Einstellung des Geschäfts spätestens am 11. Juli nicht fest. Gegen dieselbe spricht, daß von den Gesellen und Arbeitern des pp. S. nach Angabe des Klägers Ansprüche zum Gesamtbetrage von 701 Mark 54 Pf. angemeldet sind, wovon der größere Teil auf die Zeit nach dem 1. Juli 1884 falle. Weiter hat Kläger zugestanden, daß der Bau bei dem Konditor K. erst nach dem 1. Juli eingestellt ist,

daß S. noch über den Juli hinaus bei der Krügerfrau R. zu K., am 14. Juli bei einem Bau in P., am 21. Juli bei einem Bau in K., Anfangs Juli bei einem dem Zimmermeister S. übertragenen Bau zu P. und bis Ende Juli bei einem Bau in Z. mit seinen Leuten gearbeitet hat, und ergiebt sich aus der verlesenen pag. 65 des Rechnungsbuchs, daß S. noch im August für die Friedrich-Franz-Eisenbahn gearbeitet hat. Wenn Kläger sich darauf beruft, daß die Zahlungen an die von S. gestellten Arbeiter teils direkt von den Arbeitgebern, teils von dem Zimmermeister S. geleistet seien, so läßt sich auch hieraus eine Einstellung seitens des S. nicht entnehmen, zumal da die zu den Konkursakten geschehenen Anmeldungen von Arbeitslohn aus der Zeit nach dem 1. Juli 1884 ergeben, daß die Liquidenten noch immer zu ihm im kontraktlichen Verhältnis standen, ein solches Verhältnis auch mit der vom Kläger behaupteten Art der Lohnzahlung sehr wohl vereinbar ist. Die spätere Behauptung bezüglich der Bauten zu P. und Z., S. habe gar nicht mehr die Leitung über seine Leute gehabt, steht mit dem vorstehenden Geständnis im Widerspruch. — Schließlich hat Kläger noch allgemein zugestanden, daß einzelne Leute des S. noch im Juli und noch vielleicht im August 1884 an den von ihm begonnenen Bauten gearbeitet haben, und dies damit zu erklären gesucht, daß dieselben auf ihr Konkursprivilegium vertraut, teilweise auch seine schlechte Vermögenslage nicht gekannt hätten. Die Aussage des wegen seines Interesses an der Vergrößerung der Konkursmasse nicht unverdächtigen Zeugen H., etwa 8—14 Tage nach Johannis hätten die Arbeiter des S. dessen Bauten liegen lassen, weil sie keinen Lohn mehr bekommen hätten, und habe er sie ohne besondere Übertragung seitens des S. übernommen, ist schon wegen der Unbestimmtheit der Zeitangabe ohne Bedeutung.

6. Was die Zahlung des Lohns an die Gesellen und Arbeiter des Gemeinschuldners angeht, so ist vom Kläger behauptet, der Gemeinschuldner habe denselben im Juni 1884 nur abschläglich entrichtet, auch ein Verzeichnis der am 15. Juni 1884 verbliebenen Rückstände in Anlage B zu [4] überreicht. Beklagter, welcher sich hierüber mit Nichtwissen erklärte, hat außerdem po-

fitive Angaben über an dieselben geleistete Zahlungen gemacht, insbesondere behauptet, daß um Johannis 500 Mark an sie gezahlt seien; diese Angaben sind meistens vom Kläger wiederum bestritten worden. Nur das hat er zugestanden, daß um Johannis 1884 hie und da einzelne Zahlungen an die Leute gemacht seien. Der in der vorigen Nummer genannte Zeuge H. hat außer der dort referierten Angabe noch weiter ausgesagt, es sei schon vor Johannis Klage darüber gewesen, daß die von S. beschäftigten Leute schwer Geld von ihm hätten bekommen können. Im Johannistermine soll derselbe deren Forderungen und 375 Mark Hypothekenzinsen nur mit Geld aus einer ihm, dem H., früher cedierten und deshalb mit Unrecht einkassierten Forderung von 800 Mark an einen Schlachter D. bezahlt haben. Wird schon durch diese Aussage die Behauptung des Beklagten, es habe um Johannis eine beträchtliche Lohnzahlung stattgefunden, einigermaßen wahrscheinlich gemacht, so kommt weiter entscheidend in Betracht, daß, wie vom Kläger zugestanden, von den im Konkurse angemeldeten 701 Mark 54 Pf. der größere Teil aus der Zeit nach dem 1. Juli herrührt, daß nicht anzunehmen ist, es werden die Gesellen und Arbeiter, denen ein Konkursprivilegium zusteht, dessen ungeachtet die Anmeldung ihrer Ansprüche unterlassen haben, und daß danach jedenfalls erhebliche Abschlagszahlungen für die Zeit bis zum 1. Juli erfolgt sein müssen. Wenn die Leute bis dahin nicht vollständig befriedigt sind, so läßt sich daraus eine Zahlungseinstellung nicht herleiten, und ist endlich nicht behauptet, daß an einem Löhnungstage zwischen dem 1. und 11. Juli die Zahlung des fälligen Lohns unterblieben sei.

7. Anlangend die Nichtzahlung sonstiger fälliger Schulden durch den Gemeinschuldner, so hat Kläger, wie schon unter Nr. 4 bemerkt, die Höhe der Neujahr eingegangenen Rechnungen, welche er nicht habe zahlen können, zu ungefähr 9000 Mark angegeben. Die Summe der angemeldeten Forderungen hat er anfangs ebenfalls zu demselben Betrage, endschließlich aber zu 8252 Mark 60 Pf. beziffert. Außerdem sollen vorhanden sein Forderungen des Hotelbesitzers W. (wesentlich aus Wechselbürgschaft) von 3300 Mark, der Wittwe S., welche mit einem Hypothekenposten

von 1500 Mark ausgefallen sei, des Konditors K. für Nichtfertigstellung seines Hauses von 1500 Mark, des Vaters des S. von 1059 Mark und mancher Gläubiger, welche die Anmeldung unterlassen, so daß die ganze Schuldenmasse etwa 17000 Mark betrage. Die Behauptung, daß eine schon Neujahr 1884 vorhandene Schuldenmasse von circa 9000 Mark unbezahlt geblieben, läßt sich nicht füglich mit den Angaben über den Schuldenstand zur Zeit der Konkurseröffnung vereinigen, wenn man erwägt, daß im Laufe des Jahres 1884, wie die Verhandlungen ergeben, noch weitere Rechnungsschulden hinzugekommen sind. Geht man aber auch davon aus, daß ein erheblicher Teil der Rechnungsschulden aus dem Vorjahre trotz geschehener Aufforderung zur Zahlung unberichtigt geblieben sei, so erscheint es doch bedenklich, hieraus das Vorhandensein der Zahlungseinstellung herzuleiten. Denn bei Entscheidung der Frage, ob eine solche vorliegt, ist, wie unter Nr. 3 dargelegt ist, auf die im Verkehrsleben herrschenden Anschauungen wesentlich Rücksicht zu nehmen. Notorisch sind die Handwerker in Mecklenburg vielfach in der Lage, einen ausgedehnten Kredit geben und demzufolge einen solchen auch wieder beanspruchen zu müssen, und kann auf das Vorhandensein eines für die Verhältnisse des Kridars erheblichen fälligen Betrages von Rechnungsschulden und auf Nichtberichtigung desselben, Aufforderung ungeachtet, nicht das gleiche Gewicht gelegt werden, wie dies im Handels-, insbesondere im Großhandelsbetrieb der Fall sein würde. Davon, daß nach dem späteren Verhalten der Gläubiger die Zahlungsaufforderungen nicht als besondere dringliche erscheinen, ist bereits im vorstehenden die Rede gewesen. — Eher noch könnte es für die Annahme einer Zahlungseinstellung angeführt werden, daß nach Angabe des Klägers die Johannis 1884 fälligen Hypothekenzinsen mit Ausnahme derjenigen an den Tierarzt B. nicht berichtigt sind, indessen ist auch hier zu berücksichtigen, daß nach der weiteren Angabe desselben die Zinsen für einen Teil der Posten von M. und für den Posten von V. schon seit Johannis 1883 rückständig waren, mithin eine prompte Berichtigung wenigstens seitens dieser Gläubiger nicht beansprucht ist, sowie

weiter, daß der Johannistermin erst am 1. Juli, mithin kurze Zeit vor dem kritischen Tage seine Endschaft erreicht. — Ob aus dem Verkauf der gesamten Habe an W. am 12. Juli auf eine an diesem Tage geschehene Zahlungseinstellung zu schließen ist, kann dahingestellt bleiben, weil es nur darauf ankommt, ob dieselbe spätestens am 11. Juli erfolgt ist.

8. Beklagter hat sich aber noch darauf berufen, daß der Gemeinschuldner im Johannistermin 1884 größere Zahlungen empfangen und gemacht habe, und steht in dieser Beziehung Nachstehendes fest:

a. Der Gemeinschuldner hatte schon früher ein Haus an den Schlachter D. verkauft, auf welchem ein Hypothekenposten von 4000 Mark für den Schulzen W. als Vormund der G.'schen Kuratel ruhte. Bei Verlassung des Hauses auf D. sind diese 4000 Mark an den Gläubiger ausbezahlt. Wenn Kläger sich darauf beruft, daß der Käufer schon Antoni 1884 diese Zahlung übernommen, und daß die Zahlung von letzterem direkt an den Gläubiger vorgenommen sei, so bleibt doch immer die Thatsache übrig, daß der Gemeinschuldner von einer mindestens bis zur Verlassung ihn treffenden Schuldverbindlichkeit entlastet ist.

b. Weitere 800 Mark von dem Kaufgelde hat der Gemeinschuldner Johannis erhoben und davon unter anderen die Hypothekenzinsen an den Tierarzt B. mit 375 Mark bezahlt. Kläger behauptet, was Beklagter bestreitet, aber von dem Maurermeister H. bezeugt wird, daß diese 800 Mark vorher an H. cediert waren.

c. H. hat wieder Deckung dadurch erhalten, daß der Konditor K., für welchen S. ein von dem Seilermeister H. im Februar 1884 gekauftes Haus neu oder zurecht baute, Anfang Juli die Zahlung von 900 Mark an ihn übernahm. Kläger giebt an, daß K. dies gethan, obgleich der Bau, wie Beklagter einräumt, noch nicht fertig war, und er eine Verbindlichkeit dazu nicht gehabt habe, um die Verlassung des Hauses zu erreichen und S. vor strafrechtlichem Einschreiten zu retten.

d. Am 30. Juni hat S. von dem Konditor K. 200 Mark gezahlt erhalten.

e. Der Zimmermeister S., welchem außerdem am 26. Juni 1000 Mark noch nicht fälliger Baugelder cediert waren, hat am 2. Juli von K. 600 Mark für Rechnung von S. bezahlt erhalten. Nach Angabe des Klägers soll St. eine Anweisung zum Empfang dieses Postens schon vor dem Johannistermin erhalten haben.

f. Ende des Johannistermins hat H. Befriedigung wegen des Restes seiner Kaufgelder für an S. zum Gesamtpreise von 8400 Mark verkaufte Grundstücke, unter anderen auch durch Baarzahlung von 650 Mark erhalten. Kläger behauptet, daß letztere Summe direkt von K. an ihn gezahlt sei.

g. Nach Angabe des Klägers hat der Gemeinschuldner im Johannistermin 1884 vom Häusler G. 600 Mark erhalten, nach dem verlesenen Rechnungsbuch sind 300 Mark hiervon schon am 20. Mai bezahlt. Kläger behauptet, daß dieser Betrag mit Unrecht erhoben, weil er dem Maurermeister H. cediert gewesen sei. H. bestätigt als Zeuge diese Angabe bezüglich 300 Mark.

h. Am 12. Juli 1884 sind auf Grundstücke des Gemeinschuldners für den Kaufmann M. 1800 Mark, teilweise zur Deckung von Waarenschuld, eingetragen. S. erhielt baar 500 Mark. Von dieser Summe sollen an demselben Tage 385 Mark an den Müller S., welcher Klage erhoben hatte, bezahlt sein. Kläger leugnet die Zahlung an S., obgleich derselbe im Konkurse nicht liquidiert hat.

i. An den Förster Sch. zu E. sind am 7. Juni 238 Mark, am 28. Juni 1884 100 Mark bezahlt. Diese Zahlung ist nach Angabe des Klägers von dem mit Unrecht eingezogenen G.'schen Posten und um deswillen geschehen, weil Schl. fürchtete, sonst keine herrschaftlichen Bauten wieder zu bekommen.

k. Noch sind einzelne kleinere Zahlungen, z. B. von 70 Mark an den Kaufmann B. vom 18. Juni und von 48 Mark an Kaufmann D. d. d. 24. Juni, unbestritten, während Streit darüber ist, ob der Schlosser L. Johannis 300 Mark erhalten hat.

Ferner steht fest, daß

l. dem Tierarzt B. im Johannistermin die Auszahlung seines Hypothekenkapitals von 7500 Mark zwecks Erniedrigung des Zinsfußes ohne vorgängige Kündigung angeboten, die Annahme aber von ihm abgelehnt ist.

Streit ist dagegen darüber, ob

m. auch dem Schulzen V. zu M. die Auszahlung eines Postens von 600 Mark derzeit angeboten ist.

9. Die unter der vorigen Nummer aufgeführten Umstände ergeben, daß der Gemeinschuldner noch im Johannistermin 1884 Zahlungen von bedeutendem Umfange gemacht hat. Ob die Gelder durch seine Hand gegangen sind oder von seinen Schuldnern direkt an die Gläubiger gekommen sind, erscheint gleichgültig. Er hat danach auch teils im Termin, teils nach demselben nicht unerhebliche Beträge zur anderweitigen Verfügung disponibel gehabt. Für die Frage, ob Zahlungseinstellung vorliegt, ist es ebenfalls ohne Relevanz, ob, wie Kläger behauptet und H. bezeugt hat, einige der von ihm erhobenen Pöste vorher an H. cediert und also mit Unrecht erhoben waren, einesteils, weil es ihm doch gelungen, für anderweitige Befriedigung desselben zu sorgen, anderenteils, weil entscheidend ist, ob die notwendigen Zahlungen geleistet stnd, nicht woher das erforderliche Geld geflossen. — Daß er nicht die Absicht gehabt, seine Zahlungen einzustellen, daß er vielmehr auf Fortsetzung seines Betriebes bedacht gewesen ist, ergiebt sich aus den eben erwähnten Zahlungen, und würde diese Annahme nicht dadurch beeinträchtigt werden, wenn man als erwiesen ansähe, daß er selbst unlautere Mittel zur Erlangung der erforderlichen Beträge nicht gescheut habe. Auch das kann in dieser Beziehung nicht unberücksichtigt bleiben, daß er bestrebt war, den Zinsfuß des B.'schen Hypothekenpostens herabzusetzen, und daß er durch Zahlung an die Forstkasse den Verlust der fürstlichen Bauten zu vermeiden suchte. Wird man nun freilich davon ausgehen müssen, daß für die Thatsache der Zahlungseinstellung nicht allein der Wille des Schuldners entscheidend ist, daß dieselbe vielmehr wegen Mangels aller Mittel auch ohne und gegen seinen Willen erfolgen kann, so steht doch, selbst wenn man den unter Nr. 7 erörterten That-

sachen, der Nichtzahlung von Rechnungsschulden und Hypothekenzinsen ein größeres Gewicht beimißt, als dort geschehen, jedenfalls der Annahme derselben die in Nr. 8 besprochene Zahlung verschiedener größerer und kleinerer Schuldbeträge entgegen, und würde man, die Richtigkeit aller Angaben des Klägers vorausgesetzt, doch nicht zu dem Schlusse gelangen, daß Zahlungseinstellung stattgehabt habe. Es bedarf daher auch weder einer Erörterung darüber, ob, beziehungsweise wie weit dieselben als vom Beklagten zugestanden anzusehen sind, noch einer Aufnahme von Beweisen, und war schon jetzt, wie geschehen, zu entscheiden.

Der weitere Verlauf dieses Rechtsstreits ist ohne allgemeines Interesse.

---

2. Unzulässigkeit des Rechtsweges. Wohnrecht.
Ga. 38/1885.

Als der Lehnbauer G. in L. Klosteramts Dobbertin im Jahre 1884 seine Hufe seinem Schwiegersohne S. überwies, hatte sein Bruder, der Arbeitsmann G., bereits seit 1861 unentgeltlich dort Wohnung gehabt und behauptete nun, daß ihm ein Wohnrecht lebenslang zustehe. S. klagte deshalb auf Räumung. Beklagter berief sich in erster Linie darauf, daß der Rechtsweg unzulässig sei. Der erste Richter hatte für den Fall, daß Kläger den von dem Beklagten behaupteten Abschluß eines das beklagtische Wohnungsrecht betreffenden zwischen ihm und seinem Schwiegervater angeblich eingegangenen Vertrags eidlich verneinen sollte, den Beklagten zur Räumung verurteilt.

Auf Berufung des Beklagten änderte das Oberlandesgericht durch Urteil vom 17. Dezember 1885 diese Entscheidung dahin ab, daß die Klage abgewiesen werden solle, wenn Kläger die Ableistung jenes Eides verweigere, daß aber, wenn er denselben leiste, die Klage wegen zeitweiliger Unzulässigkeit des Rechtsweges als unzulässig abgewiesen werden solle.

Gründe.

Die erhobene Klage ist als actio negatoria utilis an sich begründet, da die Hufe Nr. 19 zu L. dem Kläger inhalts des ihm erteilten Erbleihebriefes zu Nutzeigentum überwiesen ist. Es fragt sich aber, ob und inwieweit für diese Klage vorliegend der

Rechtsweg zulässig sei? In Betracht kommt hier die Bestimmung des § 18 des Erbleihebriefes, welche lautet:

„Streitigkeiten über das Gehöft und Leistungen aus demselben unter verschiedenen Gliedern der Gehöftsfamilie entscheidet zunächst das Kloster, jedoch kann dasselbe die Sache auch auf den Rechtsweg verweisen."

Der Anwendlichkeit dieser Bestimmung auf den vorliegenden Fall steht nicht der Umstand entgegen, daß die erhobene Klage eine an sich zulässige ist und event. nur das Recht, auf welches einredeweise der Beklagte sich beruft, von der Geltendmachung im Rechtswege ausgeschlossen ist. Denn es dient die erhobene Klage, abgesehen von dem Entschädigungsanspruche, als negatoria nur dazu, das von dem Beklagten in Anspruch genommene Recht zu verneinen, deduziert mithin dieses Recht schon mit ihrer Erhebung ins judicium und ist folgeweise insoweit selbst im Rechtswege unzulässig, als das vom Beklagten in Anspruch genommene Recht im Rechtswege nicht verfolgbar ist,

vgl. Wach, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Bd. I. p. 108.

Dies aber ist nach dem citierten § 18 des Erbleihebriefes insoweit der Fall, als der Beklagte das Recht auf dem Gehöft zu wohnen als eine Leistung aus demselben in Anspruch nimmt. Denn daß Kläger als ein Mitglied der Gehöftsfamilie im Sinne des § 18 des Erbleihebriefes anzusehen sei, kann nicht füglich bezweifelt werden, da er nur als Ehemann der Gehöftstochter in den Besitz des Gehöfts eingewiesen ist und als solcher alle Verbindlichkeiten zu erfüllen hat, welcher dem Nachfolger im Gehöftsbesitze gegenüber dem Vorbesitzer und dessen Familie nach dem Inhalte des Erbleihebriefes obliegen. Als eine Leistung aus dem Gehöfte beansprucht aber Beklagter das Wohnungsrecht offensichtlich insoweit, als er es selbst geradezu als eine Abfindung aus dem Gehöfte bezeichnet. Darnach kann über seine Einwendungen, daß nach einem in L. bestehenden Herkommen dem jüngeren Bruder des Gehöftserben als Abfindung aus der väterlichen Hufe das Recht zustehe, für Lebenszeit unentgeltlich auf der Hufe zu wohnen, daß im Jahre 1861 der Besitz-

vorgänger des Klägers bei seiner Einweisung in den Besitz der Hufe mit Zustimmung des Klosteramts Dobbertin die Verpflichtung übernommen habe, seinem Bruder, dem Beklagten, für Lebenszeit eine Wohnung auf dem Gehöfte als Abfindung aus demselben einzuräumen, und daß im Jahre 1884 diese Verpflichtung auf den Kläger bei dessen Einweisung in die Hufe durch das Klosteramt übertragen sei, zur Zeit im Rechtswege nicht entschieden werden. Ebenso verhält es sich mit dem auf Ersitzung des Wohnungsrechts gegründeten Einwande des Beklagten. Denn mittels desselben wird von dem Beklagten eine dauernde Belastung des Gehöfts selbst zur Geltung gebracht, welche vorliegend insoferne auch mit der Zugehörigkeit des Beklagten zur Gehöftsfamilie im Zusammenhange steht, als der animus juris exercendi und die bona fides des Beklagten nach seinem eigenen Vorbringen in der Annahme beruht haben, daß ihm das Wohnungsrecht als eine Abfindung aus dem Gehöft kompetiere. Nur hinsichtlich des letzten Einwandes des Beklagten, daß der Kläger seinem Vorgänger im Besitze der Hufe, dem Bruder des Beklagten, gegenüber die Verpflichtung übernommen habe, den Beklagten in der von demselben bisher innegehabten Wohnung auf der Hufe Nr. 19 zu L. bis an sein Lebensende wohnen zu lassen, ist die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht zu bestreiten, da hier die actio negatoria nicht zur Negierung eines Rechtes, welches eine Leistung aus dem Gehöfte zum Gegenstande hat, dient. Denn durch den behaupteten, in an sich rechtswirksamer Weise zu Gunsten des Beklagten abgeschlossenen Vertrag wird zwar der Kläger persönlich dem Beklagten verpflichtet, nicht aber das Gehöft selbst derart belastet, daß jeder Inhaber desselben als solcher zur Prästierung der paciszierten Leistung verbunden wäre. Über diesen Einwand des Beklagten ist daher gerichtlich zu entscheiden, und zwar kann die Entscheidung nicht etwa zurückgehalten werden, bis das Klosteramt über die sonstigen Einwendungen des Beklagten Entscheidung getroffen hat. Denn diese Entscheidung ist für die Beurteilung der im Rechtswege auszutragenden Streitfrage nicht von präjudizieller Bedeutung. Nur unter dieser Voraussetzung aber

würde nach Bestimmung des § 139 der CPO. eine Aussetzung der Verhandlung zulässig gewesen sein. Anlangend die Entscheidung selbst, so ist, da der Kläger den beregten Einwand bestritten und Beklagter auch in der Berufungsinstanz andere Beweismittel als den dem Kläger zugeschobenen und von diesem angenommenen Eid nicht geltend gemacht hat, es bei dem von dem ersten Richter dem Kläger auferlegten Eid zu belassen. Wird dieser Eid durch den Kläger nicht geleistet, so ist erwiesen, daß Kläger kraft eines zu Gunsten des Beklagten mit dessen Bruder abgeschlossenen Vertrags verpflichtet ist, den Beklagten auch fernerhin auf dem Gehöfte die innegehabte Wohnung zu gewähren. Die Klage auf Räumung dieser Wohnung ist mithin eine unbegründete, auch wenn der Beklagte das Wohnungsrecht als eine Leistung aus dem Gehöfte zu beanspruchen nicht berechtigt sein sollte. Für diesen Fall war daher die Räumungsklage sofort definitiv abzuweisen. Leistet aber der Kläger den Eid und wird dadurch erwiesen, daß der fragliche Vertrag zwischen ihm und seinem Schwiegervater nicht abgeschlossen ist, so ergiebt sich zwar der auf diesen Vertrag gestützte Einwand des Beklagten als ein unbegründeter, die Folge hiervon kann aber nur die Ablehnung der weiteren richterlichen sachlichen Entscheidung sein, indem nun noch diejenigen Fragen zur Entscheidung zu gelangen haben, wegen welcher nach dem obigen der Rechtsweg verschlossen ist. Dem entsprechend sind in Ansehung der Räumungsklage die Folgen der Leistung und bezw. Verweigerung des Eides reguliert worden, und zwar ist die Klage event. nur als eine z. Z. unzulässige abgewiesen worden, weil nach § 18 des Erbleihebriefes dem Kloster die Verweisung dieser Sache auf den Rechtsweg freisteht.

---

3. Artikel 347, 350 des Handelsgesetzbuchs, Anwendung auf den Viehhandel. Bi. 125/1886.

Der Viehhändler K. zu S., welcher dem Gutsbesitzer B. auf L. in zwei Transporten im Juli und August 1884 eine größere Anzahl bayrischer Zugochsen geliefert hatte, klagte auf Zahlung des Kaufpreises. Der Beklagte verweigerte unter Vorschützung der Einrede des nichterfüllten Kontrakts und der Kompensation die Zahlung des Kaufpreises, indem er behauptete, daß die unbestrittenermaßen am 10. Oktober 1884 unter seinem Rindviehbestande konstatierte Lungenseuche durch die von dem Kläger gelieferten Ochsen eingeschleppt sei. Der erste Richter erachtete den klägerischen Gegeneinwand, daß die Rüge des Beklagten verspätet eingebracht sei, in Anwendung der Bestimmung des Artikels 347 des Handelsgesetzbuchs für begründet und verurteilte demzufolge den Beklagten zur Zahlung des Kaufpreises nebst Zinsen.

Die hiergegen vom Beklagten eingelegte Berufung wurde durch Urteil des Oberlandesgerichts vom 15. November 1886 zurückgewiesen.

Gründe.

Der erste Richter hat angenommen, daß für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits in Beihalt des Art. 277 des HGBuchs der Artikel 347 normiere, weil der in Frage stehende Kaufhandel jedenfalls auf seiten des Klägers, eines Vollkaufmanns, ein Handelsgeschäft sei, und nach richtiger Ansicht der Art. 347 mindestens in denjenigen Rechtsgebieten, für welche, wie in dem vorliegenden nach mecklenburgischem Rechte zu beurteilenden Falle, besondere Währschaftsgesetze nicht existieren, auch auf den Viehhandel Anwendung finde, daß aber die in dem Art. 347 vorgeschriebene Rüge von dem Beklagten nicht rechtzeitig angebracht und folgeweise derselbe als die Waare genehmigend und mithin auf alle aus der mangelnden Beschaffenheit derselben sich etwa ergebenden Ansprüche verzichtend zu gelten habe.

Diese Annahme sowohl als die eingehenden faktischen und rechtlichen Erwägungen, auf welchen dieselbe beruht, sind durchaus zutreffende und werden deshalb auch der gegenwärtigen bestätigenden Entscheidung zu Grunde gelegt. Nur der von dem Beklagten in vorliegender Instanz mehr in den Vordergrund gestellte Gesichtspunkt, daß Kläger sich jedenfalls deshalb auf die Bestimmungen des Art. 347 nicht berufen könne, weil er eines unter den Art. 350 fallenden dolus sich schuldig gemacht habe,

kann Veranlassung zu einer weiteren Ausführung noch geben. Kläger findet diesen dolus darin, daß, ungeachtet nach der getroffenen Abrede nur Ochsen aus seuchefreien Gegenden zu liefern gewesen seien, Beklagter ihm einen Ochsen übersandt habe, den er am 4. August 1884 in Reuth gekauft habe, wiewohl ihm bekannt gewesen sei, daß in dem 1/4 Stunde von R. belegenen Dorfe S. derzeit auf 2 Gehöften die Lungenseuche geherrscht, und daß der gekaufte Ochse in dem Gasthofe zu S. in der Nacht vom 3. auf den 4. August untergebracht sei. Allein ganz abgesehen davon, daß nach des Beklagten eigener Angabe sich nicht beweisen läßt, daß gerade dieser mit LIX gezeichnete Ochse an dem Lieferungstage mit der Seuche behaftet gewesen sei, und demzufolge nicht zu übersehen ist, ob der angebliche dolus des Klägers thatsächlich in irgend welcher Beziehung zu dem demnächst unter dem Rindvieh in L. erfolgten Ausbruche der Krankheit gestanden habe, so kann das Verhalten des Klägers überhaupt als ein betrügerisches im Sinne des Art. 350 nicht angesehen werden. Es ist schon zweifelhaft, ob der Kläger auch nur kontraktswidrig handelte, wenn er einen auf dem Transporte befindlichen Ochsen an einem Orte kaufte, dessen Umgegend nicht seuchenfrei war. Denn es ist bei dem Handel mit Vieh, welches auf weite Entfernungen versandt werden soll, oft ganz unvermeidlich, daß dasselbe auf dem Transporte Gegenden, welche nicht seuchenfrei sind, passiert und auf diese Weise der Gefahr einer Infektion mit einer ansteckenden Krankheit ausgesetzt wird. Daher wird auch in der in dem Bestellungsbriefe enthaltenen Bestimmung „bayrische Zugochsen aus seuchefreien Gegenden", wenn man die Bedeutung des Wortes „aus" nicht ungewöhnlich extendiert, zunächst nur die Bedingung zu finden sein, daß die zu liefernden Ochsen aus seuchefreien Gegenden bezogen, also an Orten einer seuchefreien Gegend gekauft, oder wenn auf dem Transporte — namentlich z. B. auf Viehmärkten — erstanden, doch aus seuchefreien Gegenden stammen sollten. Daß gegen diese Bedingung in dem angegebenen Sinne von dem Kläger — welchen, soweit es um den Vorwurf des dolus sich handelt, die Behauptungs- und Beweislast trifft — hinsichtlich des Ochsen

Nr. LIX, welcher von dem Viehhändler L. aus B. in B. gekauft und in T. auf seinen Gesundheitszustand untersucht wurde, verstoßen sei, hat Beklagter nicht darzulegen vermocht. Freilich lag es selbstverständlich im Sinne der getroffenen Vertragsbestimmung, daß der Kläger, wenn er einen aus seuchenfreier Gegend stammenden Ochsen an einem Orte kaufte, welcher in nicht großer Entfernung von einer mit der Seuche behafteten Ortschaft belegen war, die äußerste Sorgfalt zu beobachten hatte, und es wird zuzugeben sein, daß derselbe, wenn er, wie behauptet wird, in der That Kenntnis davon hatte, daß der Ochse LIX in der Nacht vom 3./4. August in S. in einem ca. 200 Schritt von zwei verseuchten Gehöften gelegenen Gasthofe gestanden habe, seiner nach dem Sinne des Kaufvertrages ihm obliegenden Sorgfalt nicht gerecht geworden sei. Eine bloße Vertragswidrigkeit aber schließt die Anwendlichkeit der Art. 347 und 349, welche gerade die Voraussetzungen, unter welchen der Käufer gegen vertragswidrige Leistungen sich schützen kann, bestimmen, nicht aus. Diese Wirkung tritt nach Art. 350 vielmehr nur im Falle eines wirklichen Betrugs des Verkäufers ein. Ein solcher Betrug aber, welcher freilich nicht im strafrechtlichen Sinne zu verstehen ist, hat, wie jeder civilrechtliche dolus malus zur Voraussetzung eine absichtlich widerrechtliche, in dem Bewußtsein dieser Widerrechtlichkeit vorgenommene Handlung. Eine solche dolose Absicht aber kann — zumal in Ermangelung aller auf eine von dem Kläger intendierte Übervorteilung des Beklagten hindeutenden Umstände — in dem Verhalten des Klägers, namentlich in dem bloßen Verschweigen der den Ankauf des Ochsen Nr. LIX betreffenden Umstände um so weniger gefunden werden, als für denselben eigene Interessen im Spiele waren, welche in Beihalt des großartigen Umfangs seines geschäftlichen Betriebes zu dem Vorteile, welcher aus dem An- und Verkaufe des in Frage stehenden einen Ochsen ihm erwachsen konnte, in gar keinem Verhältnisse standen. Es handelt sich vielmehr eventualiter lediglich um eine den vertragsmäßigen Pflichten des Klägers widerstreitende Unvorsichtigkeit, welche dem Gebiete der culpa, nicht aber demjenigen des dolus anheimfällt und folgeweise der

Geltendmachung der für den Kläger aus dem Art. 347 sich ergebenden Rechte nicht entgegensteht. Auch würde ein augenfälliger Widerspruch sich ergeben, wenn der Kläger, welcher selbst zugiebt, daß nur durch Schlußfolgerungen der Nachweis einer Verschleppung der Seuche durch die vom Kläger gelieferten Ochsen geführt werden könne, das vorbesprochene klägerische Verfahren noch sollte für sich geltend machen können, nachdem voraufgehend bereits sowohl der zugezogene Thierarzt, als er selbst in seinem der Regierung erstatteten Berichte, seine Überzeugung von der Einschleppung der Seuche durch die vom Kläger gelieferten Ochsen Ausdruck gegeben hatte. Denn das jetzige Vorbringen des Beklagten würde, wenn es auf Wahrheit beruhte, immer nur eine weitere Stütze für diese bereits voraufgehend gewonnene Überzeugung, mithin nur ein weiteres Beweismoment für diejenige angeblich vorhanden gewesene fehlerhafte Beschaffenheit der gelieferten Waare abzugeben vermögen, deren Rüge als eine verspätete mit Recht von dem ersten Richter bei Seite gestellt worden ist.

---

4. Antritt, bezw. Ausschlagung einer Erbschaft durch den Vater für seine minderjährigen Hauskinder.

Ee. 28/1886.

Der Kaufmann Sch. in W. klagte gegen seine Schwiegermutter auf Herausgabe gewisser Vermögensobjekte, welche aus dem Nachlasse seines Schwiegervaters zunächst auf seine Ehefrau und nach deren Tode auf seine vier minderjährigen Kinder im Wege der gesetzlichen Erbfolge übergegangen seien. Der weitere Verlauf des Rechtsstreites ergiebt sich aus der nachfolgenden Begründung des oberlandesgerichtlichen Urteils vom 24. November 1886, durch welches die in erster Instanz erkannte Abweisung der Klage bestätigt wurde.

Gründe.

1. Die Beklagte hat in erster Instanz zur Begründung der von ihr aufgestellten Einrede, der klagende Vater sei nicht berechtigt, seine Kinder in diesem Prozesse zu vertreten, sich darauf

berufen, daß die Erbschaft aus dem mütterlichen Testament von ihnen nicht angetreten sei, und in gegenwärtiger Instanz die Behauptung, daß sie Erben ihrer Mutter nicht geworden seien, weiter ausgeführt. Denselben ist unbestritten vom Magistrat zu W. das Erbenzeugnis vom 24. November 1885 erteilt, wonach sie die alleinigen Intestaterben ihrer Mutter geworden sind, ein Erbenzeugnis ist jedoch nach § 1 Nr. 2 der Verordnung vom 30. Mai 1857, betreffend die Legitimation in Erbfällen, zwar ein vollgültiges Beweismittel für die Erbenqualität, es kann aber durch einen zureichenden Gegenbeweis entkräftet werden, und ist danach die Behauptung der Beklagten einer Prüfung zu unterziehen.

2. Die am 22. Juni 1885 verstorbene verehelichte Sch. hat, wie feststeht, am 15. Januar 1885 durch Übergabe zum Protokoll des Magistrats zu W. das nach ihrem Ableben am 29. Juni desselben Jahres publizierte Testament errichtet. Danach hat sie sich entschlossen, ihren Willen, wie es mit dem dereinst von ihrer Mutter, falls sie solche überleben sollte, zu hinterlassenden Vermögen gehalten werden solle, wenn sie aus der Welt gehe, niederzuschreiben. Da infolge eines bei Lebzeiten ihres Vaters zwischen ihm und ihrer noch lebenden Mutter getroffenen Abkommens die sämtlichen ihnen gehörenden Besitzgegenstände, auch die ihr (der Testatrix) leihweise zur Benutzung übergebenen sämtlichen Möbel, Betten 2c., so lange ihre Mutter lebe, deren alleiniges Eigentum sein, nach deren Tode aber ihr zufallen sollten, so verfüge sie, daß ihre — namentlich aufgeführten — 4 Kinder gleichberechtigt zu ihrem Nachlaß sein sollten, und schließe ausdrücklich ihren Ehemann Louis Sch. infolge seiner vielen gegen sie begangenen Schlechtigkeiten von jedem Anteil, resp. jeder Nutznießung von ihrem Nachlasse aus. Sie substituiert sodann den Kindern deren eheliche Nachkommenschaft, beim Fehlen derselben die Kinder gegenseitig und bezeichnet hierbei den Anteil jedes Kindes als „Erbportion“, an einer späteren Stelle als „Erbteil“, behält sich vor, ihre „letztwillige Verfügung“ abzuändern, zurückzunehmen oder zu ergänzen, und schließt damit, daß in dem Vorstehenden „ihr wohlüberlegter

letzter Wille" enthalten sei. In der Aufschrift des Kouverts ist das Schriftstück als „schriftliches Testament" benannt. — Nach Vorstehendem hat die verehelichte Sch. beabsichtigt, ein Testament zu errichten, und ist die Form der Errichtung eines gerichtlichen Testaments beobachtet. Klägerischerseits ist versucht, die Nichtigkeit desselben daraus herzuleiten, daß die Erblasserin nur über einen Teil ihres Vermögens verfügt habe, die Begründetheit dieser Auffassung unterliegt jedoch erheblichen Bedenken. Wie aus den Verhandlungen erhellt, ist der ganze Nachlaß des vorverstorbenen Vaters der Testatrix noch in den Händen der Wittwe desselben, der Beklagten, und hält die Erblasserin dieselbe inhalts des Testaments (ganz abgesehen von den durch einen in diesem Rechtsstreit weiter zur Sprache gekommenen Vertrag, welchen sie selbst mit der Mutter abgeschlossen haben soll, für letztere begründeten Rechten) für die Eigentümerin desselben, zählt ferner zu dem Nachlaß auch die ihr, der Erblasserin, „leihweise zur Benutzung übergebenen sämtlichen Möbel, Betten 2c." Dafür, daß die Beklagte ihrerseits auch an den Aussteuergegenständen der Tochter Ansprüche zu haben vermeinte, spricht noch, daß die gegenwärtige Klage mit auf Herausgabe derselben gerichtet war, und erst später eine vergleichsweise Erledigung dieses Punktes stattgefunden hat. Danach ist anzunehmen, daß die Erblasserin der Meinung gewesen ist, sie besitze gar kein Vermögen, und daß dadurch die Ausdrucksweise des Testaments, wonach dasselbe dem Wortlaut nach nur auf die von der Mutter dereinst zu hinterlassenden Gegenstände sich bezieht, veranlaßt ist. Wollte man aber selbst der klägerischen Auffassung beitreten, daß die Verstorbene in der That nur über einen bestimmten Vermögenskomplex, nämlich das ihr von ihrer Mutter etwa zufallende Vermögen, also über eine res certa verfügt habe, so würde der Grundsatz der Ausschließlichkeit der testamentarischen Berufung nicht etwa die Ungültigkeit des Testaments begründen, vielmehr würde dessenungeachtet die ganze Erbschaft, soweit nicht aus dem Testamente die Anordnung eines stillschweigenden Vermächtnisses sich ergäbe, auf Grund desselben anfallen.

cf. l. 1 § 4, l. 35 D. de heredibus instituendis, l. 45 § 8 D. de vulg. 28, 6.

Auch läßt sich daraus, daß die Kinder nicht ausdrücklich zu Erben eingesetzt sind, nicht herleiten, daß nur eine Vermächtnisverfügung rücksichtlich der gedachten Güter vorliege. Dem heutigen Rechte ist das große Gewicht, welches das römische Recht auf das Wort heres legte, fremd, und es ist eine Frage der Auslegung im einzelnen Fall, ob nicht auch ohne die Bezeichnung als Erbe die Erbeinsetzung stattgefunden hat, bezw. trotz derselben nur ein Vermächtnis vorhanden ist. Für die Absicht der Erbeinsetzung spricht, daß die 4 Kinder der Verstorbenen, dieselben Personen, welchen auch ab intestato ihre Erbschaft zustand, zur Nachfolge berufen sind, und zwar abgesehen davon, daß ihr Vater von der Nutznießung und von jedem Anteil an derselben ausgeschlossen ist, unter denselben Modalitäten, welche auch ohne das Testament eingetreten wären, daß danach anzuzunehmen ist, die Erblasserin habe mit Ausnahme der Disposition zum Nachteil ihres Mannes alles so ordnen wollen, wie es ohnehin dem Rechte entsprach, und daß die Anteile der Kinder ausdrücklich als Erbportion und Erbteil, die Verfügung selbst als „letzter Wille", „schriftliches Testament" bezeichnet ist. Danach ist auch der auf Erbeinsetzung gerichtete Wille als genügend zum Ausdruck gekommen anzusehen. Endlich würde der Gültigkeit des Testaments als Ganzes nicht entgegenstehen, wenn man in der bestrittenen Frage, ob dem Vater auch an dem Pflichtteil der Kinder der Nießbrauch entzogen werden kann, die verneinende Ansicht für die richtige hält.

3. Beide Parteien sind darüber einig, daß der Vater der Kläger für dieselben die mütterliche Erbschaft ab intestato angetreten habe; ob derselbe dabei ausdrücklich sich über die Ungültigkeit des Testaments ausgesprochen hat, kann der klägerische Vertreter nicht angeben. Das angefochtene Erkenntnis erster Instanz, dessen Ausführungen über diesen Punkt die klagende Partei sich aneignet, geht davon aus, daß in der Antretung als Intestaterbe die Ausschlagung der Delation aus dem Testamente enthalten gewesen, mithin letzteres destitut geworden sei, und

entspricht diese Annahme, abgesehen von dem Vorhandensein eines Irrtums über den Delationsgrund, regelmäßig dem geltenden Rechte.

cf. l. 17 § 1 de adquirenda vel. om. hered. 29, 2.

Es liegt aber, wie weiterer Darlegung nicht bedarf, in der Antretung der Intestaterbschaft seitens eines Vertreters des Berufenen keine gültige Ausschlagung der Delation aus dem Testament, wenn dem Antretenden die Befugnis zur Ausschlagung fehlte, und ist daher zu erörtern, ob im vorliegenden Fall dem Vater der Kläger diese Befugnis zustand.

4. Durch das Testament der Mutter der minderjährigen Kläger ist ihr Vater von jedem Anteil und jeder Nutznießung an dem Zugewendeten ausgeschlossen. Durch diese mit dem Wortlaut der Nov. 117 cap. I übereinstimmende Disposition ist sein Verwaltungsrecht beseitigt und ein s. g. peculium adventitium irregulare in vollem Umfange geschaffen. Nach dem römischen Rechte, wie solches in der Gesetzgebung Justinians zum Abschluß gekommen ist,

cf. l. 8 § 1 und 6 C. de bonis quae liberis, 6, 61;
l. 18 pr. C. de jure deliberandi, 6, 30,

hatte nun der Vater die Befugnis zur Antretung und Ausschlagung einer seinen Hauskindern angefallenen Erbschaft für dieselben ohne ihre Zustimmung nur rücksichtlich der willensunfähigen Kinder, während die Erklärung des Erbschaftsantritts nach eingeholter Zustimmung auch für ältere Kinder von ihm abgegeben werden konnte,

cf. l. 4 C. de jure delib. 6, 30.

Darüber, ob ihm diese Befugnisse im Fall der Nov. 117 cap. I entzogen sind, fehlt es an einer ausdrücklichen Vorschrift, die gänzliche Beseitigung seiner väterlichen Rechte rücksichtlich des nach Maßgabe dieser Gesetzbestimmung den Kindern Zufallenden nötigt aber zur Bejahung der Frage. Das römische Recht hat jedoch in dieser Hinsicht eine Abänderung infolge des Umstandes erlitten, daß die Grundsätze des älteren deutschen Rechts über das Mundium des Vaters sich in dem Institut der väterlichen Vormundschaft erhalten haben, welches speziell in Mecklenburg

in der Verordnung vom 31. Januar 1871, betreffend die Bevormundung minderjähriger Ehefrauen, gesetzliche Anerkennung gefunden hat,

vgl. im übrigen Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Band 12 S. 189, Band 15 Nr. 41 und 42, Köppen, System des Erbrechts, S. 403.

Danach stehen dem Vater in bezug auf Antretung und Ausschlagung einer seinen minderjährigen Hauskindern angefallenen Erbschaft für sie dieselben Rechte zu, wie dem Vormunde rücksichtlich seiner Mündel, und der Vormund hat infolge der Gleichstellung der Unmündigen und Minderjährigen und der weiteren Entwickelung des Instituts der direkten Stellvertretung im heutigen Recht die Befugnis, für seine Curanden Erbschaften anzutreten und auszuschlagen, wobei deren eigenen Erklärungen eine Bedeutung nicht zukommt.

Vgl. bezüglich des Vormunds noch die indirekte Anerkennung in der mecklenb. Verordnung vom 2. Februar 1858, betreffend die Antretung und Ausschlagung einer Erbschaft durch den Kurator eines Geisteskranken.

In Übereinstimmung mit der schon citierten Entscheidung des Reichsgerichts Band 15 Nr. 42,

siehe auch das Rescript des mecklenb. Staatsministeriums vom 29. Mai 1868 in der Meckl. Zeitschrift Band 3 S. 229 Nr. 12,

ist aber davon auszugehen, daß die Vertretungsbefugnis des Vaters, und zwar auch ohne daß eine Entziehung der Vormundschaft durch Einschreiten der zuständigen Behörde stattgefunden hat, da aufhört, wo ein Mißbrauch seiner Befugnisse zum Nachteil der Kinder und zum eigenen Vorteil vorgekommen ist, und so verhält es sich im vorliegenden Falle. Wie schon hervorgehoben, ist in dem Testament der verehelichten Sch. über ihr Vermögen völlig dem Intestaterbrecht entsprechend zu Gunsten ihrer Kinder verfügt, und äußert sich die Bedeutung desselben nur in der Entziehung der väterlichen Rechte, namentlich auch des Nießbrauchs des Vaters, mithin in einer den Kindern günstigen Anordnung. Durch Ausschlagung der Erbschaft aus diesem

Testament handelte somit der Vater bei vorliegender Kollision der Interessen zum Nachteil der Kinder und zu seinem eigenen Gunsten, und kann diesem Rechtsakte wegen Mangels seiner Berechtigung eine Bedeutung nicht beigemessen werden. Demgemäß bedarf es keiner Erörterung darüber, ob nicht seine vormundschaftlichen Rechte durch die Verfügung der Erblasserin auch bezüglich der Erbschaftsantretung außer Kraft gesetzt werden konnte. Daß endlich in der Erteilung des Erbenzeugnisses an die Kläger als Intestaterben ihrer Mutter seitens derjenigen Behörde, welcher im Fall der Anordnung einer Spezialkuratel die Obervormundschaft über sie zustehen würde, der obervormundschaftliche Konsens zur Ausschlagung der Erbschaft aus dem Testamente nicht enthalten ist, bedarf ungeachtet der entgegenstehenden klägerischen Ausführungen weiterer Darlegung nicht.

5. War nach dem Vorstehenden die Ausschlagung der aus dem Testament deferierten Erbschaft durch den Vater der eingesetzten Erben nichtig, so muß dasselbe auch in bezug auf die Antretung derselben ab intestato gelten. Die Erbschaft wird den Intestaterben erst deferiert, wenn sich die Ungültigkeit des Testaments herausgestellt hat.

pr. J. de hered. quae ab intestato, 3, 1, l. 8 C. comm. de success. 6, 59, l. 39 D. de adquir. vel. om. her. 29, 2.

Dies gilt auch für den Fall, wenn dieselben Personen aus dem Testament und ab intestato berufen sind bezüglich der Delation der Intestaterbschaft,

l. 17 § 1 D. eod.

Der Antritt der Erbschaft vor der Delation ist ungültig,

l. 21 § 2 eod.,

es wurde also auch nicht etwa durch den Antritt der Intestaterbschaft den Klägern die Erbschaft aus dem Testamente erworben, was sich, abgesehen von der Frage, ob der Vater zum Antritt auf Grund des Testaments befugt war, noch weiter aus der Analogie der Regel ergiebt, daß die Erbschaftsantretung ungültig ist, wenn sie irrtümlich auf eine andere Berufung gerichtet ist, als diejenige, welche wirklich vorliegt,

l. 22 D. eod. l. 17 § 1 cit., Windscheid, Pandekten, Band 3 § 587 Nr. 3.

Die von dem Vater der Kläger vorgenommene Erbschaftsantretung hat somit gar keinen Rechtseffekt, und von der Anstellung dieses Rechtsstreits, in welchem er an der Behauptung, daß die Kinder Intestaterben geworden seien, festhält, ist dasselbe zu sagen. — Wollte man endlich entgegen der klägerischerseits adoptierten Auffassung des ersten Erkenntnisses annehmen, daß die Antretung des Vaters der Kläger für sie als Intestaterben aus dem Irrtum, daß das Testament der Erblasserin ungültig gewesen, hervorgegangen sei, so würde auch dies nach der citierten l. 22 D. 29, 2 nicht zu der Annahme führen, daß die Erbschaft erworben sei.

---

5. **Dotationspflicht der Mutter.** Pu. 31/1885.

Die Ehefrau eines Domänenpächters kaufte von einem Leinenhändler in N. für 2959 Mark 35 Pf. Sachen, welche, wie der Verkäufer wußte, zur Aussteuer einer Tochter bestimmt waren und demnächst dazu auch verwendet worden sind. Der Klage auf Zahlung des Kaufpreises setzte die Käuferin den Einwand entgegen, daß sie lediglich in Erfüllung der Dotationspflicht ihres Ehemannes als dessen Stellvertreter gehandelt habe; sie leugnete die gegnerische Behauptung, daß sie ausdrücklich erklärt habe, sie kaufe für sich und werde aus eignen Mitteln bezahlen. — Das Gericht erster Instanz nahm an, daß die Beklagte durch den Abschluß des Kaufes sich selbst verpflichtet habe, falls sie nicht beweise, daß sie beim Abschlusse erklärt habe, sie kaufe als Stellvertreterin ihres Ehemannes, der den Kaufpreis bezahlen werde. Dem entsprechend wurde ihre Verurteilung davon abhängig gemacht, daß der Kläger den ihm über die Negation jener Behauptung zugeschobenen Eid leiste.

Auf Berufung der Beklagten hob das Oberlandesgericht durch bedingtes Endurteil vom 29. Dezember 1885 jene erstinstanzliche Entscheidung auf und erkannte:

Wenn die Beklagte folgenden Eid leistet:

Ich schwöre ꝛc., daß ich bei Abschluß der Kaufverträge über die Aussteuer für meine Tochter Luise nicht erklärt habe, daß ich die gekauften Gegenstände für mich kaufe und aus meinen eigenen Mitteln bezahlen werde,

so soll der Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen und in gesammte Kosten des Rechtsstreits verurteilt werden. Schwört sie nicht, so soll die Beklagte verurteilt werden, dem Kläger 2959 Mark 35 Pf. nebst 6 pCt. Verzugszinsen seit dem 1. März 1883 zu zahlen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Gründe.

Der Vater hat die gesetzliche Pflicht, seine Tochter zu dotieren, dagegen liegt der Mutter eine solche Pflicht nur ausnahmsweise und in außerordentlichen Fällen ob, l. 13 C. de jure dotium (5, 12): „Mater pro filia dotem dare non cogitur, nisi ex magna et probabili causa, vel lege specialiter expressa.“ Der einzige gesetzlich anerkannte Fall der Dotationspflicht der Mutter aus der l. 19 § 1 C. de haer. (1, 5) ist heutzutage unanwendbar, liegt jedenfalls hier nicht vor, und wenn auch gesetzlich nicht näher bestimmt ist, wann eine magna et probabilis causa für die Mutter, ihre Tochter zu dotieren, als vorhanden anzunehmen ist,

> cfr. hierüber Glück's Kommentar Band 25 Seite 97 und 98, Sintenis, Civilrecht, § 132 Band 3 S. 24 und nota 44, Windscheid, Pandekten, § 493 nota 6, Czyhlarz, Römisches Dotalrecht S. 175,

so kann doch in einem Falle, wie der gegenwärtige, wo der Vater der Tochter — der Ehemann der Beklagten — sich zu der Zeit, wo die Tochter zu dotieren war, nicht nur am Leben befand, sondern auch Pächter einer bedeutenden Domäne war, eine klagbare Obligation der Mutter — der jetzigen Beklagten — nicht statuiert werden, mögen auch die Vermögensverhältnisse ihres Ehemannes damals schon ungünstig und derselbe selbst bereits materiell insolvent gewesen sein. Auch eine naturale Dotationsverbindlichkeit bestand für die Beklagte als Mutter nicht. Freilich wird eine solche, wenn auch nur von der schwächsten Wirkung, ut solutum repeti non possit, von einzelnen Rechtslehrern auf Grund der l. 32 § 2 D. de cond. ind. (12, 6): „Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solu-

tum repeti non potest“, angenommen, indem sie das Wort mulier auf die Mutter beziehen,

vgl. u. A. Sintenis loco cit.,

aber richtiger ist dies Wort von der Ehefrau und die Gesetzesstelle mithin von einer für diese ihrem Ehemanne gegenüber bestehenden naturalen Obligation zur Bestellung einer Dos zu verstehen,

cfr. Windscheid, Pandekten, § 289 unter Nr. 3 nota 6 und § 493 nota 3, von Savigny's System Band 4 § 149 Seite 53 und 54 mit nota c.

Die Beklagte würde daher, wenn sie zwecks Erfüllung der ihrem Ehemanne gesetzlich obliegenden Dotationspflicht eine eigene Verbindlichkeit übernommen haben sollte, im Verhältnis zu diesem intercediert haben. Unbestrittenermaßen sind die von der Beklagten gekauften und jetzt eingeklagten Gegenstände zur Aussteuer ihrer Tochter bestimmt und auch verwandt, und ebenso ist es unbestritten, daß der klägerischen Firma bei dem Verkaufe derselben bekannt gewesen, daß sie zur Ausstattung der Tochter dienen sollten. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich nun aber in Ermangelung besonderer eine andere Beurteilung bedingender Gründe die Auffassung, daß die Beklagte nicht sowohl eine eigene Verbindlichkeit, bezw.' statt ihres Ehemannes einzugehen, als vielmehr als Stellvertreterin ihres Ehemannes zu handeln beabsichtigt und wirklich gehandelt habe. In Lebensverhältnissen, wie die hier gegebenen, ist es durchaus gewöhnlich, daß der Vater der auszustattenden Tochter seiner Ehefrau die Bestimmung und Auswahl der zu solcher Ausstattung dienenden Gegenstände im einzelnen überläßt, und daß diese auf Grund einer im voraus von ihrem Ehemanne erteilten Vollmacht oder in Erwartung seines nachträglichen Einverständnisses mit den einzelnen Lieferanten und Kaufleuten kontrahiert. Ist den letzteren, wie hier, die Zweckbestimmung der gekauften Gegenstände bekannt, so können auch diese nicht wohl im Zweifel darüber sein, daß die die Auswahl treffende Mutter lediglich in Stellvertretung ihres Ehemannes kontrahieren, nicht etwa sich selbst, sondern lediglich letzteren verflichten will. Die Stellung der kontra-

hierenden Ehefrau ist nicht die ihr vermöge der s. g. Schlüsselgewalt zustehende, sie vermag ihren Ehemann nicht etwa ohne oder gar gegen dessen Willen durch die Anschaffung von Aussteuersachen zu verpflichten, aber soweit sie seinem Willen gemäß handelt, bleibt sie selbst außerhalb jedes obligatorischen Nexus und verpflichtet dagegen ihren Ehemann. Einer ausdrücklichen Erklärung, in Stellvertretung eines anderen zu kontrahieren, bedarf es nicht notwendig, vielmehr kann solche Stellvertretung auch unausgesprochen aus den Umständen zu entnehmen sein, und in einem Falle, wie der vorliegende, weisen die Umstände in Ermangelung besonderer Gegengründe auf ein Stellvertretungsverhältnis hin. Eine persönliche Verpflichtung der Beklagten könnte nur in Frage kommen, wenn und soweit sie etwa ihre Stellvertretungsbefugnisse überschritten hätte. Davon ist hier aber nicht die Rede. Es ist nicht etwa behauptet, daß sie übermäßig für das Aussteuerbedürfnis gesorgt oder daß sie ohne oder gar gegen den Willen ihres Ehemannes kontrahiert habe, vielmehr sind die von ihr eingehandelten Aussteuersachen, wie nicht bezweifelt werden kann, der Tochter, resp. deren Ehemann im ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis des beklagtischen Ehemannes verabfolgt, und ist insbesondere auch aus der Quittung über eine Akkordsumme von 2837 Mark, welche der letztere von der Klägerin angenommen und in welcher diese sich gegen die beklagtischen Eheleute ihre jetzt in Rede stehende Forderung von 2968 Mark 35 Pf. — 2959 Mark 35 Pf. — für Aussteuer der Tochter reserviert hatte, mindestens eine nachträgliche Genehmigung seitens des Ehemannes hinsichtlich der von der klägerischen Firma durch seine Ehefrau bezogenen Aussteuergegenstände in quali et quanto zu entnehmen.

Hiernach braucht die Beklagte nicht zu beweisen, daß sie bei Abschluß der Kaufkontrakte über die Aussteuergegenstände für ihre Tochter — ausdrücklich — erklärt habe, sie kaufe diese Gegenstände als Stellvertreterin ihres Mannes und werde dieser auch den Kaufpreis derselben bezahlen; vielmehr würde die von der Klägerin gegen die Beklagte erhobene Klage abzuweisen

sein, wenn erstere die Klage nicht anderweitig thatsächlich begründet hätte.

Eine solche Begründung ist in der Klagebehauptung zu finden, wonach die Beklagte bei Abschluß der Kaufgeschäfte erklärt haben soll, daß sie die Gegenstände für sich kaufe und aus ihren eigenen Mitteln bezahlen wolle. Durch eine derartige ausdrückliche Erklärung würde die Annahme, daß die Beklagte als Stellvertreterin ihres Ehemannes gekauft habe, ausgeschlossen sein. Bedenklicher erscheint dagegen, ob die Beklagte nicht durch solchen Kaufabschluß in eigenem Namen als Intercedentin für ihren Ehemann und folgeweise die von ihr übernommene Obligation als eine ungültige anzusehen sei. Denn die Bestimmung der von ihr gekauften Gegenstände zur Ausstattung der Tochter war der Klägerin bekannt, und der beklagtische Ehemann hatte als Vater die gesetzliche Pflicht, die Tochter auszusteuern. Indessen, wenn man erwägt, daß die Beklagte als Mutter, wenn auch keine klagbare und selbst keine naturale, so doch eine sittliche und Pietätspflicht hatte, für die Aussteuer ihrer Tochter zu sorgen — eine Pflicht, die im vorliegenden Falle für sie um so näher lag, als die Vermögensverhältnisse ihres Ehemannes damals (im Jahre 1882) jedenfalls schon wenig günstig waren, während sie, wenn auch vielleicht kein vorbehaltenes Vermögen, doch nicht unerhebliche Forderungen an ihren Ehemann besaß —, sowie, daß sie durch die von der Klägerin behauptete, seitens der Beklagten freilich bestrittene Erklärung, die gekauften Gegenstände aus ihren eigenen Mitteln bezahlen zu wollen, zu erkennen gegeben haben würde, daß sie nicht erwarte, ihr Ehemann werde die von ihr übernommene Verbindlichkeit erfüllen, sondern daß sie selbst solche erfüllen wolle, so ist die Beklagte nicht für berechtigt zu halten, sich auf eine von ihr vorgenommene Intercession zu berufen, und war vielmehr die Entscheidung des Rechtsstreits von der Bewahrheitung der mehrerwähnten klägerischen Behauptung abhängig zu machen und auf den bezüglich dieser Behauptung angetragenen und von der Beklagten angenommenen Schiedseid zu erkennen. Dagegen sind die von der Klägerin behaupteten, von der Beklagten aber gleichfalls in Ab-

rede genommenen später teils schriftlich, teils mündlich bezüglich der jetzt libellierten Schuld erteilten Anerkenntnisse und Zahlungsversprechen nicht geeignet, ein selbständiges Klagefundament abzugeben, indem in dieser angeblich nachträglich erfolgten Verpflichtungsakte nur ungültige Intercessionshandlungen zu finden sein würden.

Strafrecht und Strafprozeß.

1. Strafgesetzbuch § 368 sub 10. Unter welchen Umständen erscheint jemand als „zur Jagd ausgerüstet“? wann kann insonderheit die Mitführung eines Hundes als Ausrüstung zur Jagd angesehen werden? Ist durch § 368 10 cit. auch ein fahrlässiges Handeln mit Strafe bedroht?

Revisionsurteil des Straffenats des Oberlandesgerichts de 28. März 1887. Di. — Gründe:

Der Angeklagte ist, weil er am 14. September 1886 quer über den M.'er Acker außerhalb des öffentlichen zum gemeinen Gebrauche bestimmten Weges geritten, und weil er mit seinem Wissen bei dieser Gelegenheit — ohne Genehmigung des Jagdberechtigten, sowie ohne sonstige Befugnis auf einem für ihn fremden Jagdgebiete — von einem frei umherlaufenden Bastardwindhunde begleitet war, von der Strafkammer des Großherzogl. Landgerichts zu Sch. durch Urteil vom 12. Februar 1887 bei gleichzeitiger Auferlegung der Kosten des Verfahrens nach § 368, 10 des StGB. mit einer Geldstrafe von 5 Mark, eventuell mit einer Haftstrafe von 1 Tage belegt. In dem Urteile ist noch besonders festgestellt, daß der erwähnte Hund von einer Windhündin abstamme, circa 6 Jahre alt, $1^1/_4$ Fuß hoch und $2^1/_2$ Fuß lang sei, somit, auch wenn er bisher verschiedentlich als Kettenhund verwandt sein sollte, ohne weiteres tauglich erscheine, bei sich darbietender Gelegenheit Wild mit Erfolg zu

jagen, — daß Momente für ein Bewußtsein des Angeklagten von seinem Ausgerüstetsein zur Jagd nicht hervorgetreten seien, namentlich seine Behauptung, er habe nicht gewußt, daß der Hund zur Ausübung der Jagd fähig sei, nicht widerlegt erscheine — und daß der Angeklagte bei einiger Sorgfalt und Aufmerksamkeit die Befähigung des Hundes, die Jagd auszuüben, habe erkennen können, der Angeklagte somit, was zur Anwendung des § 360, 10 des StGB. genüge, fahrlässig gehandelt habe.

Die form- und fristgerecht gegen das bezeichnete Urteil eingelegte und demnächst begründete Revision, die auf Verletzung der soeben erwähnten gesetzlichen Bestimmung, sowie des § 59 des StGB. gestützt ist, erscheint begründet.

Zunächst ist der Verteidigung darin beizustimmen, daß das angefochtene Urteil den Sinn und die Bedeutung „des zur Jagd ausgerüstet sein" verkannt hat. Diese Thatsache kann nicht schon als dargethan angesehen werden, wenn erwiesen ist, daß der begleitende Hund seiner körperlichen Beschaffenheit nach geeignet ist, Wild zu jagen, — oder, wie es im Urteil noch heißt, wenn man annehmen muß, daß derselbe nach seiner Größe oder Stärke dem Wilde gefährlich werden kann. Begehrt der § 368, 10 des StGB. ein „Ausgerüstetsein zur Jagd", so will er offensichtlich eine Handlung des Übertretenden unter Strafe stellen, setzt also voraus, daß derselbe zur Jagdausübung geeignete Werkzeuge in einem solchen Zustande mit sich führt, daß er von denselben bei sich darbietender Gelegenheit sofort Gebrauch machen kann,

vgl. Olshausen, Kommentar zum StGB. § 368 Anm. 3 b, und Entscheidung des Reichsgerichts Bd. IX. S. 412.

Dies aber ist aus der körperlichen Beschaffenheit eines mitgenommenen Hundes, namentlich dessen Größe und Stärke, allein nie zu folgen, da dieselbe höchstens einen Anhalt dafür abgiebt, daß ein solcher Hund eigentrieblich, also ohne die Handlung eines Menschen, dem Wilde schädliche Akte veranlassen kann. Mag auch bei der Mitnahme eines wirklichen Windhundes ohne weiteres davon ausgegangen werden können, daß derselbe ein für

den Eigentümer desselben sofort zur Hetzjagd, die hier allein in Frage kommen kann, brauchbares Werkzeug sei, so gilt doch nicht das Gleiche in betreff eines Bastardwindhundes, und namentlich nicht, wenn derselbe wiederholt als Kettenhund verwendet sein sollte. Hatte der Angeklagte sogar Zweifel in dieser Hinsicht angeregt und behauptet, daß er die Eigenschaft des mitgenommenen Hundes, als Jagdwerkzeug zu dienen, nicht gekannt habe, so war es unerläßlich, vor einer Verurteilung aus § 368, 10 des StGB. festzustellen, daß die Zweifel unbegründet, bezw. die Behauptung unwahr sei. Zur Freisprechung des Angeklagten, welche die Verteidigung mittels ihrer erwähnten Rüge in betreff der Feststellungen begehrt, kann dieselbe aber, obgleich sie als begründet anerkannt werden muß, nicht führen, sondern es würde in Grundlage derselben nur das Urteil aufgehoben und die Sache in die Instanz zurückverwiesen werden können. Somit ist denn die Erörterung der weiter in der Revisionsbegründungsschrift bestrittenen Annahme des Berufungsurteils, daß der § 368, 10 des StGB. auch ein fahrlässiges Handeln unter Strafe stelle, geboten, und führt diese schlechterdings zur Freisprechung des Angeklagten. Geht man namentlich mit der herrschenden Doktrin und Praxis,

vgl. v. Liszt, Lehrbuch des Staatsrechts (2. Aufl.) § 41 III. S. 166, und Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. IV. S. 234 ff.,

davon aus, daß die Bestrafung fahrlässiger Handlungen, und zwar aller, also auch, wenn es sich um Übertretungen handelt, im Reichsrechte nur ausnahmsweise angeordnet ist, und daß das Vorliegen einer solchen Ausnahme, wenn sie, wie vorliegendenfalls, im Gesetze ausdrücklich nicht ausgesprochen ist, mit Sicherheit aus demselben muß entnommen werden können, so wird man dem § 368, 10 des StGB. die vom Berufungsgerichte zugeschriebene Tragweite nicht beilegen können. Denn es fehlt an allen Anhaltspunkten dafür, daß der Gesetzgeber auch die Fahrlässigkeit mittels der fraglichen Vorschrift hat unter Strafe stellen wollen, und erscheint die Annahme des angefochtenen Urteils ungerechtfertigt, daß dieselbe bestimmt sei, zur

Sicherung des Wildstandes und zum Schutze des Jagdberechtigten gegen unberechtigte Eingriffe in das Jagdrecht den größtmöglichsten Schutz zu gewähren. Daß eine Sicherung, also eine Schonung des Wildstandes beabsichtigt sei, läßt sich aus der Vorschrift überall nicht entnehmen, vielmehr ergiebt der Umstand, daß die Strafvorschrift bei Genehmigung der Handlung seitens des Jagdberechtigten hinfällig werden soll, unwiderleglich, daß nur dessen Interesse vom Gesetzgeber berücksichtigt wurde. Übrigens weiset auch der Umstand, daß die einheimische Gesetzgebung, namentlich mittels des § 8 der Verordnung vom 14. Januar 1871, betreffend das Jagdrecht (Regierungsblatt Nr. 5), zum Schutze des Wildstandes thätig zu werden sich veranlaßt sah, darauf hin, daß den reichsgesetzlichen Vorschriften, namentlich der hier fraglichen, eine darauf gerichtete Tendenz — deren Mitberücksichtigung seitens des Berufungsrichters anscheinend zu der gerügten mangelhaften Feststellung des „zur Jagd ausgerüstet sein" führte — fernliegt. Sodann aber ist weiter nicht ersichtlich, daß der § 368, 10 des StGB. den größtmöglichsten Schutz den Interessen des Jagdberechtigten habe gewähren wollen. Freilich sollten dieselben über den Inhalt des § 292 daselbst hinaus Berücksichtigung finden, aber dies geschah schon dadurch, daß auch, abgesehen von der Ausübung der Jagd auf fremdem Gebiete, das Betreten desselben in einem zur Jagdausübung ausgerüsteten Zustande unter Strafe gestellt ward. Daß die Absicht auf etwas weiteres ging, dafür ist auch der gesetzlichen Vorschrift selbst nichts zu entnehmen, namentlich ist in derselben in keiner Weise auch nur angedeutet, daß auch fahrlässiges Handeln mit Strafe habe belegt werden sollen. Und wenn man erwägt, daß nach dem § 292 des StGB. fahrlässige Ausübung der Jagd mit Strafe, wie allgemein in Doktrin und Praxis angenommen wird, nicht bedroht ist, so erscheint es gerechtfertigt, für das unbefugte Betreten fremden Jagdgebiets in zur Jagdausübung ausgerüstetem Zustande das Gleiche annehmen, also das fahrlässige Handeln als unter den § 368, 10 daselbst fallend nicht anzusehen.

Hiernach war denn, da anderweitige rechtliche Gesichtspunkte, welche zur Aufrechterhaltung des Urteils, bezw. zur Aufrechterhaltung des Verfahrens bei Zurückverweisung der Sache in die Instanz nicht ersichtlich geworden, oder auch nur von der Oberstaatsanwaltschaft, welche die Bestrafung des fahrlässigen Handelns nach § 368, 10 des StGB. für bedenklich erklärte, angeregt sind, der Angeklagte vollständig freizusprechen, bezw. waren der Staatskasse die Kosten des Verfahrens nach § 499 Abs. 1 der StPO. zur Last zu legen, und zwar, da der Angeklagte das Verfahren nicht verschuldet hat, nach § 499 Abs. 2 daselbst mit Einschluß der demselben erwachsenen notwendigen Auslagen.

---

2. Strafgesetzbuch § 366 sub 10, Mecklenb. Verordnung de 2. April 1880, betr. die Beleuchtung der die Chausseen benutzenden Fuhrwerke, §§ 1 und 3 Abs. 3.

Ist für die im § 3 Abs. 2 cit. statuierte Verantwortlichkeit des Eigentümers des Fuhrwerks ein Verschulden desselben erforderlich?

Die vorerwähnten Bestimmungen der Verordnung vom 2. April 1880 lauten:

§ 1.

Alles Fuhrwerk, mit Ausnahme des landwirtschaftlichen innerhalb der eigenen Feldmark, muß, wenn es sich während der Nacht auf Chausseen befindet, eine hellbrennende Laterne in der Weise mit sich führen, daß deren Licht von entgegenkommenden Passanten deutlich wahrgenommen werden kann.

Als Nachtzeit gilt die Zeit von einer Stunde nach Sonnenuntergang bis eine Stunde vor Sonnenaufgang.

In mondhellen Nächten soll es zwar gestattet sein, die Laterne unangezündet zu lassen, dieselbe muß jedoch zum etwaigen Gebrauch mitgeführt werden.

§ 3.

Übertretungen der Vorschriften dieser Verordnung werden nach Maßgabe des § 366 Nr. 10 des RStGB. mit Geldstrafe bis 60 Mark oder Haft bis zu 14 Tagen bestraft.

Neben dem Führer ist auch der Eigentümer bei gleicher Strafe dafür verantwortlich, daß das Fuhrwerk mit der nach § 1 letzter Absatz erforderlichen Vorrichtung versehen ist.

Revisionserkenntnis des Strafsenats des Oberlandesgerichts de 23. April 1887. — Oe. — Gründe:

Der Angeklagte, der Gutspächter zu N. ist, ward, weil sein Wagen die G.-S. Chaussee, außerhalb der N. Feldmark, an dem dunklen, auch nicht mondhellen Abende des 19. November 1886 ohne brennende Laterne, und ohne daß sich eine Laterne an oder auch nur auf dem Wagen befand, passierte, durch Erkenntnis der Strafkammer des Großherzogl. Landgerichts zu R. vom 9. März 1887, — mittels Bestätigung des Urteils des Großherzogl. Schöffengerichts zu S. vom 11. Januar 1887 in Grundlage der §§ 1 und 3 der einheimischen Verordnung vom 2. April 1880, durch die der Eigentümer jedes Fuhrwerks zur Vermeidung der Strafe des § 366, 10 des StGB. dafür, daß sein eine Chaussee während der Nachtzeit passierender Wagen eine zum etwaigen Gebrauch verwendbare Laterne mit sich führt, verantwortlich erklärt ist, sowie in Grundlage des § 366, 10 des StGB., zu 2 Mark Geldstrafe, eventuell einem Tage Haft und in die gesamten Kosten des Verfahrens verurteilt. Er hat form- und fristgerecht Revision eingelegt und begründet, dieselbe darauf stützend, daß er, — da er an jenem Tage von N. abwesend gewesen, und da er eine Laterne für den betreffenden Wagen angeschafft, seinem Inspektor zu N. zur Verfügung gestellt und denselben wiederholt ernstlich angewiesen habe, jedem abgelassenen, Chausseen passierenden Wagen eine Laterne mitzugeben, — nicht für straffrei erklärt, daß vielmehr angenommen sei, die hervorgehobenen Entschuldigungsmomente genügten zu seiner Befreiung nach den angezogenen gesetzlichen Bestimmungen nicht, da durch dieselben ein unabwendbarer Zufall nicht dargethan werde, bis zu diesem, also selbst über die Fahrlässigkeit hinaus, aber der Angeklagte wegen des Fehlens der Laterne an, bezw. auf dem Wagen hafte.

Der Verteidiger des Angeklagten hält diese Auffassung für ungerechtfertigt, versucht darzuthun, daß eine Bestrafung nach

der Verordnung vom 2. April 1880 nur bei subjektivem Unrechte zulässig sei, und meint namentlich, daß dies aus dem im § 3 Abs. 2 derselben gebrauchten Worte „verantwortlich" folge, da danach eine Verantwortung für statthaft erklärt sei. Dies Argument ist indeß von Bedeutung nicht, da mit dem erwähnten Worte auch eine Haftung schlechthin bezeichnet werden kann, und da mit demselben möglicherweise lediglich die Entfreiung für den Fall eines unabwendbaren äußeren Zufalls bezielt sein könnte. Ohnehin ist nicht — wie die Verteidigung und das Gericht voriger Instanz annimmt — die angezogene einheimische Verordnung, sondern nur die Vorschrift des § 366, 10 des StGB. für die hier vorliegende Frage maßgebend, da jene auf die Norm dieser verweiset, also abweichende Bestimmungen, insoweit deren Aufstellung dem Landesrechte gestattet sein sollte, nicht treffen will, so daß lediglich zu erörtern ist, ob in der angezogenen Vorschrift des Reichsrechts eine Verhaftung für objektives Unrecht angeordnet ist. Muß man nun auch nach dem Zwecke der strafrechtlichen Vorschriften zunächst davon ausgehen, daß der Gesetzgeber nur das verschuldete, also nur das subjektive Unrecht, ahnden will, so läßt sich doch nicht verkennen, daß demselben auch schlechthin an der Befolgung der von ihm getroffenen Anordnungen gelegen sein kann, er danach zur Erreichung dieses Zweckes zu begehren veranlaßt ist, somit auch begehrt, daß eine bestimmt von ihm bezeichnete That ohne Rücksicht auf das subjektive Moment — indeß niemals über den unabwendbaren äußeren Zufall hinaus — mit Strafe belegt werde, und wird sich niemals leugnen lassen, daß es Fälle dieser Art giebt. Jener Ausgangspunkt ist also nur eine Auslegungsregel, die überdies vom Gesetzgeber nicht einmal ausdrücklich aufgestellt, sondern nur wissenschaftlich festgestellt ist, so daß selbst für die im Strafgesetzbuche enthaltenen Vorschriften eine ausnahmslose Befolgung derselben als geboten nicht angesehen werden kann. Nicht nur der ausdrückliche Ausspruch des Gesetzgebers, sondern auch der von ihm mit der einzelnen Norm speziell verfolgte Zweck kann den Richter darauf hinweisen, daß er die erwähnte Auslegungsregel nicht zu befolgen hat, und ist in Berücksichtigung

dieser Momente seit langer Zeit in der Rechtslehre vielfach die Behauptung aufgestellt, daß bei polizeilichen Strafgeboten, bezw. bei den Übertretungen oder doch bei einzelnen Gattungen derselben subjektives Verschulden nicht vorausgesetzt werde, vielfach freilich nur in dem Sinne, daß dasselbe ohne besonderes Begehren des Angeklagten, so namentlich jetzt bei Strafverfügungen, bezw. Strafbefehlen, zunächst unbeachtet bleiben müsse, oder daß eine Rechtsvermutung für dasselbe bestehe. Und wenn diese Auffassung auch keine allgemeine Billigung gefunden, vielmehr heftigen Widerspruch,

vgl. vorzugsweise Binding, Normen II. S. 615 ff.,

hervorgerufen hat, bezw. als durch das Strafgesetzbuch für die in demselben enthaltenen Übertretungsfälle, — da dieselben, enthalten im Abschnitte 29 des II. Teils, mit den in den Abschnitten 1—28 daselbst aufgeführten Verbrechen und Vergehen, den Vorschriften des I. Teils, soweit nicht speziell ein anderes bestimmt ist, unterstellt sind, — gebilligt nicht angesehen werden kann, so erhielt sie sich doch für die Gebote rein polizeilicher (vorbeugender) Art, namentlich insoweit durch dieselben die Nichtbefolgung eines Gebots, also Unterlassungen, — deren Verletzung Hälschner (Das gemeine deutsche Strafrecht § 139 Bd. I. S. 318) sogar schlechthin als formell dolos ansieht, — mit Strafe bedroht sind. Und fehlt es auch nicht an Gegnern selbst dieser Beschränkung der Auslegungsregel über die Zulässigkeit der Bestrafung des objektiven Unrechts in Übertretungsfällen,

vgl. außer Binding namentlich Rüdorf, Kommentar zum StGB. Bem. 3 der Einleitung zum 29. Abschnitt, und Meyer, Lehrbuch des Strafrechts S. 192, sowie v. Liszt, Lehrbuch S. 150,

so ist sie doch in der Rechtslehre vertreten und allemal in der Rechtssprechung,

vgl. Oppenhoff, Kommentar zum StGB. (10. Auflage) Anm. 9 und 10 der Einleitung des 29. Abschnitts, und Olshausen, Kommentar zum StGB. (2. Aufl.) Anm. 34 zum § 59,

die herrschende. Auch von hier aus ist sie,

vgl. die Mecklenb. Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. V. Nr. 4 S. 161,

wiederholt befolgt, und liegt keine Veranlassung vor, von derselben, bei der allein die öffentliche Sicherheit aufrecht erhalten werden kann, — namentlich bei den hier fraglichen zur Erhaltung der Sicherheit des Verkehrs auf den öffentlichen Wegen gegebene Vorschrift, — abzugehen. Es ist daher das Berufungsgericht mit Recht davon ausgegangen, daß die von dem Angeklagten vorgebrachten Entlastungsgründe ihn nicht zu befreien vermögen. Nur unabwendbare äußere Zufälle, also nur Thatsachen, die einer sogen. höheren Gewalt zugerechnet werden müßten, hätten zu diesem Resultate führen können, und daß diese Eigenschaft den vom Angeklagten zu seiner Entschuldigung behaupteten Thatsachen nicht zukommt, daß dieselben vielmehr nur etwa den Vorwurf der Fahrlässigkeit, auf welche es hier nicht ankommt, würden beseitigen können, verkennt er anscheinend selbst nicht, bezw. bedarf einer besonderen Darlegung nicht.

Hiernach war denn unter Verwerfung der Revision der Angeklagte in die Kosten dieser Instanz nach § 505 der StPO zu verurteilen.

---

3. Strafgesetzbuch § 303. Macht sich der Mitbesitzer eines gemeinschaftlichen Brunnens strafbar, wenn er den mit seinem Wissen von den übrigen Mitbesitzern beschlossenen und angebrachten Verschluß des Brunnens vorsätzlich zerstört?

Revisionsurteil des Strafsenats des Oberlandesgerichts de 7. Oktoberr 1887. Be. — Aus den Gründen:

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben im Frühling d. J. die Adjazenten eines an dem sogen. Berge am Ausgange der St. Straße zu M. belegenen Brunnens, welcher vor vielen Jahren auf einem im landesherrlichen Eigentum

stehenden freien Platze von der Domanialverwaltung erbaut, nach Eingang der Meierei M. und Verkauf der dazu gehörigen Stellen von den Anwohnern, hauptsächlich den Käufern dieser Stellen, ohne Einspruch der Domanialverwaltung weiter benutzt und erforderlichenfalls auch repariert worden ist, in einer Versammlung, zu welchen alle Interessenten, auch der Angeklagte B., durch den Arbeitsmann H. geladen sind, den Beschluß gefaßt, wegen des vorhandenen Wassermangels vom 3. April c. ab den Brunnen über Nacht verschlossen zu halten, damit sich während derselben ein größeres Wasserquantum ansammeln könne. In Ausführung dieses Beschlusses hat der Schuhmacher H. dem ihm erteilten Auftrage gemäß mit einer Kette und einem von ihm für 40 Pf. käuflich erstandenen Vorlegeschloß den Brunnen am Abend des 3. April verschlossen. Gegen 11 Uhr Abends ist der Angeklagte, um Wasser zu holen, an den Brunnen gekommen, und da er den Weg zu einem anderen Brunnen oder dem etwas entfernt liegenden See nicht hat machen wollen, hat er mit einer zu diesem Zwecke aus seinem Hause herbeigeholten Zange das Vorlegeschloß gesprengt und Wasser aus dem Brunnen geschöpft. Nachdem der Schuhmacher H., welcher den Angeklagten hierbei betroffen, wegen Beschädigung des ihm gehörigen Schlosses den Strafantrag gestellt, ist der Angeklagte vom Großherzogl. Schöffengerichte zu M. durch Urteil vom 21. Juni d. J. auf Grund des § 303 des StGB. zu einer Geldstrafe von 3 Mark, im Unvermögensfall zu eintägigem Gefängnis und in die Kosten des Verfahrens verurteilt. Die hiergegen erhobene Berufung ist durch Urteil der Strafkammer II. des Großherzogl. Landgerichts zu N. vom 23. Juli d. J. verworfen. Das Berufungsgericht stellt thatsächlich fest, daß der Angeklagte, welcher in der einberufenen Versammlung nicht erschienen ist, doch von dem dort niedergeschriebenen Beschlusse, dessen Mitunterzeichnung er nach Vorlegung des betreffenden Schriftstücks durch den Arbeitsmann H. verweigert, Kenntnis erhalten und sich jedenfalls gesagt hat, daß der Verschluß des Brunnens von den übrigen Brunneninteressenten ausgegangen und das Resultat der einberufenen Versammlung gewesen ist.

2. Die frist- und formgerecht eingelegte Revision rügt Verletzung von Bestimmungen des Civil- und Strafrechts, insbesondere der §§ 303 und 59 des StGB. Der erste Revisionsangriff, welcher sich darauf stützt, daß dem Angeklagten, wie die gesetzlichen Bestimmungen über den Interdiktenschutz ergäben, das Recht zustehe, seinen Besitzstand, sein Recht, wenn ihm dasselbe verkümmert werden sollte, durch Eigenmacht, resp. Selbsthilfe zu schützen, geht fehl. Der Berufung auf

l. 1 §§ 2 u. 3 D. de via publ. 43, 11,

l. 1 § 12 D. de flum. 43, 12,

l. 2 § 16 D. ne quid in loco publ. 42, 8,

welche von der Deteriorierung eines öffentlichen Weges, bezw. von der Errichtung eines Hindernisses in einem schiffbaren oder nicht schiffbaren Flusse oder eines einem andern nachteiligen Baues an einem öffentlichen Orte und der straflosen Beseitigung solches Hindernisses handeln, ist entgegenzuhalten, daß das Berufungsgericht auf Grund thatsächlicher Erwägungen zu der Feststellung gelangt ist, daß der fragliche Brunnen weder eine res publica ist, noch sich in publico usu befunden hat. Daß das Gericht bei dieser Feststellung von rechtsirrtümlichen Anschauungen ausgegangen sein sollte, ist nicht erfindlich. Schon aus diesem Grunde sind die angezogenen Pandektenstellen, ebenso wie auch die ferner angeführte Entscheidung des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. VII. Nr. 53 nicht am Platze, es ist aber auch darin dem angefochtenen Urteile beizustimmen, daß die gedachten Vorschriften nicht ohne weiteres auf eine Behinderung des Wasserschöpfens aus einem öffentlichen Brunnen anzuwenden seien, wenn das Hindernis gerade den Zweck habe, den Gemeingebrauch aufrecht zu erhalten.

Vgl. l. 11 pr. D. quod vi aut clam 43, 24,

Seuffert's Archiv Bd. 23 Nr. 207, Bd. 26 Nr. 107.

Geht man aber auch weiter mit dem Berufungsgerichte von der Annahme aus, daß der Angeklagte sich gemeinschaftlich mit den übrigen Adjazenten des Brunnens in dem Besitze des Rechts, seinen Wasserbedarf aus demselben zu entnehmen, befunden habe; — daß von einem Alleinbesitze dieses Rechts bei ihm nicht

die Rede sein kann, ist in dem angefochtenen Erkenntnis zutreffend ausgeführt und in der Revisionsbegründung auch nicht zu widerlegen versucht — so war er selbst unter dieser Voraussetzung keineswegs befugt, den Verschluß gewaltsam zu beseitigen. Mag man mit den Entscheidungen des vormaligen Oberappellationsgerichts Rostock in

Buchka und Budde Bd. VI. S. 77 und

Mecklenb. Zeitschrift Bd. I. S. 1

die Selbsthilfe überall für unerlaubt halten oder trotz der gegenteiligen vereinzelt dastehenden Ansicht von

Büff im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft, N. F. Bd. III. S. 113 ff.

mit dem vom Berufungsrichter bereits namhaft gemachten Schriftstellern:

Wendt in Jhering, Jahrbücher für Dogmatik Bd. 21 S. 69 ff., S. 175 ff.,

vgl. ferner Hesse, Archiv für prakt. Rechtsw., N. F. Bd. IV. S. 124,

Miescher, Archiv für civilist. Praxis, N. F. Bd. IV. S. 96 und 182,

Meischeider, Besitz und Besitzschutz S. 219,

Windscheid, Pandekten, 6. Auflage Bd. I. § 123, § 152 Nr. 3,

der Ansicht sein, daß unter Mitbesitzern die Besitzinterdikte zulässig und aus diesem Grunde die Selbsthilfe verboten seien, durchschlagend erscheint vorliegendenfalls schon die Erwägung, daß der Verschluß des Brunnens das Resultat einer von den Interessenten einberufenen Versammlung war, zu welcher der Angeklagte geladen, in der er aber nicht erschienen war, daß der erstere sich mithin als eine fehlerfreie — nec vi nec clam nec precario geschehene — Besitzhandlung darstellte, der gegenüber dem Angeklagten auf keinen Fall Gewaltanwendung, sondern lediglich der Weg Rechtens zustand.

Vgl. l. 28 D. comm. div. X. 3.

Erbrach er dessen ungeachtet das ihm nicht gehörige Schloß, so war diese Beschädigung eine rechtswidrige und somit die An-

wendung des § 303 des StGB. auf sein Vergehen nach dieser Richtung hin gerechtfertigt.

---

4. Strafgesetzbuch § 113. Unter welchen Voraussetzungen sind die im § 66 der Bekanntmachung de 30. November 1885, betreffend das Bahnpolizei-Reglement etc., aufgeführten Bahnpolizeibeamten einer Privatbahn als Beamte im Sinne des § 359 des StGB. anzusehen? Handelt der Stationsvorsteher bei Einforderung des auf Grund des § 20 des Betriebsreglements für die Eisenbahnen Deutschlands de 11. Mai 1874 festgesetzten Reinigungsgebühr als Vollstreckungsbeamter?

Revisionsurteil des Straffenats des Oberlandesgerichts de 7. Mai 1887.
Ti. — Aus den Gründen:

Der Angeklagte ist durch Urteil der Strafkammer des Großherzogl. Landgerichts zu R. vom 16. März d. J. wegen Widerstandes gegen die Staatsgewalt und wegen Beleidigung in idealer Konkurrenz, Vergehen gegen die §§ 113, 185 und 73 des StGB., unter Annahme mildernder Umstände, in Grundlage des § 113 Abs. 2 in eine Geldstrafe von 50 Mark, aushülflich zu einer Gefängnisstrafe von 1 Woche, und in die Kosten des Verfahrens verurteilt. Die Revision ist von ihm frist- und formgerecht eingelegt und begründet.

1. Der Angeklagte hatte, als er mit einem Zuge des Deutsch-nordischen Lloyd am Abend des 9. September v. J. von W. nach R. fuhr, durch Erbrechen das Innere des von ihm benutzten Eisenbahnwagens beschmutzt. In Grund des § 20 des Betriebsreglements für die Eisenbahnen Deutschlands vom 11. Mai 1874 ist von der Direktion der gedachten Eisenbahn für solche Fälle eine Reinigungsgebühr von 1 Mark festgesetzt, und sind ihre Angestellten, insbesondere auch der Stationsvorsteher U. zu R., mit der sofortigen Einziehung dieser Gebühr beauftragt. Als U. den Angeklagten nach Ankunft des Zuges auf dem hie-

sigen Bahnhofe wiederholt zur Zahlung derselben aufforderte, auch ihn demnächst nach seinem Namen fragte, drang der Angeklagte, ohne den Aufforderungen Folge zu geben, in der Absicht, dem pp. U. von seinem Vorhaben, die Gebühr einzuziehen, abzubringen, unter fortwährendem aufgeregten, lauten Reden auf ihn ein, indem er in bedrohlicher Weise mit der Faust vor dessen Gesicht herumfuchtelte, so daß er zurückweichen mußte, um einer Berührung zu entgehen. Der Stationsvorsteher U. trug Dienstuniform und die vorschriftsmäßige Dienstmütze, er ist von der zuständigen Behörde beeidigt und mit schriftlicher Dienstinstruktion versehen. Das angefochtene Urteil hat in Grund dieser Feststellungen den Angeklagten wegen Vergehens gegen § 113 des StGB. verurteilt. Der dagegen gerichtete Revisionsangriff ist unbegründet.

Die zur Frage stehende Eisenbahn ist eine Privatbahn, und ist demzufolge mit dem Urteil des Reichsgerichts, abgedruckt

Bd. 10 Nr. 97 der Entscheidungen in Strafsachen,

davon auszugehen, daß die in § 66 des jetzt geltenden Bahnpolizei-Reglements vom 30. November 1885 (Reichsgesetzblatt Nr. 32) aufgeführten Bahnpolizei-Beamten derselben zwar nicht in allen Dienstverrichtungen, sondern nur insoweit, als sie wirkliche bahnpolizeiliche Funktionen ausüben, nach § 68 Nr. 2 daselbst, als Beamte im Sinne des § 359 des StGB. anzusehen sind, daß aber zum Wesen der Bahnpolizei alle Maßregeln und Anordnungen gehören, welche zur Sicherheit des Verkehrs und zur Aufrechthaltung der Ordnung beim Transporte von Personen und Gütern bestimmt sind. Die Vorschrift im § 20 des Betriebsreglements, wonach die Eisenbahn-Verwaltungen befugt sind, für Beschmutzung des Innern der Wagen und ähnliche Fälle eine Entschädigung zu fordern und dieselbe sofort von dem Schuldigen einziehen zu lassen, ist nicht bloß privatrechtlicher Natur, sondern zugleich eine Ordnungsvorschrift, welche im Interesse des Verkehrs und zwecks thunlichster Verhütung derartiger Vorkommnisse ein rasches Einschreiten gegen die Thäter ermöglicht.

Wenn nun U., bei welchem die für die Thätigkeit der

Bahnbeamten in polizeilichen Funktionen vorgeschriebenen formellen Voraussetzungen vorlagen, der Anweisung, welche ihm von seiner vorgesetzten, durch das vom Bundesrat erlassene Betriebsreglement dazu ermächtigten Dienstbehörde erteilt war, entsprechend die festgesetzte Reinigungsgebühr von dem Angeklagten forderte und den sich weigernden um seinen Namen befragte, so handelte er, als ein zur Vollstreckung von Anordnungen der Verwaltungsbehörden berufener Beamter, in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes.

Vgl. auch § 70 des Bahnpolizei-Reglements.

Daß er als Stationsvorsteher in einer vorwiegend leitenden Stellung sich befindet, steht der Annahme, daß er auch Vollstreckungsbeamter war, nicht entgegen. Die Eisenbahnreisenden und das sonstige Publikum sind durch den § 53 des Bahnpolizei-Reglements noch besonders angewiesen, den dienstlichen Anordnungen der Bahnpolizei-Beamten Folge zu leisten. Dessen ungeachtet suchte Angeklagter nach den Feststellungen des Berufungsgerichts den Stationsvorsteher U. durch sein Verhalten, in welchem dasselbe mit Recht eine Bedrohung mit Gewalt findet, zu nötigen, von seiner berechtigten Aufforderung abzustehen, es liegt somit Widerstand gegen die rechtmäßige Amtsausübung vor, und ist die Strafbestimmung des § 113 ohne Rechtsirrtum angewendet.

---

5. Strafgesetzbuch § 193. Unter welchen Voraussetzungen gilt eine Äußerung als gemacht zur Wahrnehmung berechtigter Interessen?

Revisionsurteil des Strafsenats des Oberlandesgerichts de 28. Mai 1887.
Le. — Gründe:

Auf die von der Privatklägerin gegen ihren früheren Dienstherrn wegen ehrverletzender Äußerungen, die derselbe über sie in ihrer und anderer Personen Gegenwart bei Gelegenheit ihrer Dienstentlassung gemacht hatte, erhobene Privatklage hatte das

hiesige Schöffengericht den Angeklagten wegen Vergehens gegen § 186 des StGB. zu einer Geldstrafe von 30 Mark, aushilfslich zu zwei Tagen Haft, verurteilt, ihm auch die Kosten des Verfahrens auferlegt, indem es den Wahrheitsbeweis für nicht erbracht, die Bezugnahme auf § 193 des StGB. aber für nicht zutreffend erachtete. Dies Urteil ist demnächst auf die vom Angeklagten eingewandte Berufung durch Urteil der hiesigen Strafkammer vom 28. Mai d. J. aufgehoben, der Angeklagte auf Grund des § 193 des StGB. von der wider ihn erhobenen Anklage freigesprochen und Privatklägerin mit den gesamten Kosten des Verfahrens belastet worden, die hiegegen wiederum von der Privatklägerin unter Beobachtung der für die Einlegung und Begründung vorgeschriebenen Fristen und Formen eingewandte Revision ist zwar, insoweit darin Mängel des Verfahrens geltend gemacht werden, auf unzulässige Gründe (§ 380 des StPO.) gestützt, insoweit aber unrichtige Anwendung des § 193 des StGB. behauptet ist, als wohlbegründet anzuerkennen.

2. Wird in Beziehung auf einen andern eine Thatsache behauptet oder verbreitet, die denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, so bedarf die rechtswidrige Willensbestimmung des Thäters, mithin dessen beleidigende Absicht, falls anders die Äußerung im Bewußtsein ihres ehrverletzenden Charakters geschah, regelmäßig eines weiteren Nachweises nicht. Ausnahmsweise bedarf es desselben, wenn zunächst vorliegt, daß die Äußerung im Dienst eines höheren Interesses erfolgte, dem die Rücksicht auf Achtung fremder Ehre nachstehen muß, alsdann ist die Strafbarkeit ausgeschlossen, es sei denn, daß trotzdem aus der Form der Äußerung oder aus den begleitenden Umständen das Vorhandensein einer Beleidigung, die eigentlich hierauf gerichtete Absicht, hervortritt. Was nun die Gründe anlangt, welche die Annahme einer rechtswidrigen Absicht und somit die Strafbarkeit auszuschließen geeignet sind, so kommen hier vor allem Recht und Pflicht zu einer wahrheitsgemäßen Aussage bei gehöriger Veranlassung in Betracht. Um jedoch unüberlegten und leichtfertigen Antastungen fremder Ehre wirksam entgegenzutreten, soll nach

§ 186 des StGB. die bloße Überzeugung von der Wahrheit nicht ausreichen, es muß die Wahrheit erweislich gemacht werden oder der Bezichtigte wegen der fraglichen Handlung rechtskräftig verurteilt sein (§§ 186, 190 des StGB.). Nur bei besonders gerechtfertigter Veranlassung zu der ehrenrührigen Äußerung wird durch die bloße Überzeugung von deren Wahrheit die Strafbarkeit ausgeschlossen. Als derartige Fälle werden im § 193 des StGB. namentlich hervorgehoben Äußerungen, welche zur Ausführung und Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden oder Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen oder Urteile von seiten eines Beamten; wenn daneben die Berücksichtigung ähnlicher Fälle dem Richter vorbehalten ist, so ergiebt doch diese Fassung in Erwägung des ganzen Zusammenhangs, wie dies auch vom Reichsgericht in dessen Entscheidungen in Strafsachen Bd. XV. S. 16, 17 ausgeführt ist, daß nur solche Interessen in betracht kommen, welche das Recht als objektiv berechtigt und zwar auch gegenüber dem Recht auf Achtung der Person anerkennt. Ob solche vorliegen, ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen, dies ist nicht bloß Sache thatsächlicher, sondern auch rechtlicher Prüfung, weil eben der Begriff des rechtlichen Interesses im Sinne des § 193 des StGB. ein Rechtsbegriff ist.

3. Nach den Feststellungen des Berufungsrichters hat der Angeklagte am 13. November v. J. in Gegenwart seiner Ehefrau zu dem Kindermädchen W. über die gleichfalls gegenwärtige Privatklägerin geäußert, dieselbe habe Briefe unterschlagen und Gelder unvertreuet, sie, die W., möge sich von der Privatklägerin nichts annehmen. Weiter ist festgestellt, daß Angeklagter an die Wahrheit der von ihm behaupteten Thatsachen geglaubt, auch überzeugt gewesen, daß die Privatklägerin über den Grund ihrer Entlassung aus einem früheren Dienst unwahre, den sittlichen Charakter eines Bruders der Dienstherrin bloßstellende Angaben verbreitet habe, endlich, daß er die inkriminierten Äußerungen zu seinem übrigen Dienstpersonal lediglich in der mit seiner Frau beredeten Absicht gethan, sich Beweismittel für

den wirklichen Grund der Entlassung der Privatklägerin zu sichern und dadurch zu verhindern, daß dieselbe demnächst über ihre Entlassung unwahre, der Dienstherrschaft zur Unehre gereichende Angaben verbreite. Der Angeklagte hatte zwar darauf sich berufen, er habe bei seiner Äußerung ein mehrfaches Interesse verfolgt, zunächst habe es ihm daran liegen müssen, um weiteren Lügen der Privatklägerin über den Grund ihres Fortganges aus seinem Dienste vorzubeugen, sich in seinen übrigen Dienstleuten über den wahren Grund solcher unzeitigen Dienstentlassung Beweismittel zu verschaffen, sodann habe er durch solche Äußerungen seinem übrigen Dienstpersonal gegenüber die Entlassung der Privatklägerin wahrheitsgemäß ausreichlich rechtfertigen wollen, und schließlich habe er auch die Interessen seiner übrigen Dienstboten verfolgt, wenn er dieselbe vor der Privatklägerin als einer gefährlichen Person warnte.

Dieser angegebenen Mehrheit von Motiven ungeachtet hat der Berufungsrichter festgestellt, daß lediglich das zuerst angegebene Motiv den Angeklagten zu der in Frage stehenden Äußerung bestimmt habe, es ist daher von einer Prüfung der anderen, übrigens offensichtlich unerheblichen Motive abgesehen worden. Es ist auch von dem schweren Bedenken abzusehen, welche der Inhalt des Dienstentlassungsscheins gegen die Richtigkeit der thatsächlichen Feststellung selbst hervorzurufen geeignet ist. Es ist eben nur zu untersuchen, ob auf solche Feststellung hin dem Angeklagten der Schutz des § 193 des StGB. gewährt werden darf, das aber ist zu verneinen.

4. Das erste Erfordernis für die Anwendlichkeit des § 193 ist dies, daß das Interesse, welches durch die ehrenrührige Äußerung gesichert werden sollte, aus den begleitenden Umständen zuverlässig erkennbar sein muß; es ist gerade das Hervortreten des bestimmenden Interesses, welches den beleidigenden Eindruck der Äußerung verwischen muß. Das vom Berufungsrichter vorausgesetzte Interesse hat hier in den begleitenden Umständen in keiner Weise Ausdruck gefunden. Die Privatklägerin ward nicht etwa entlassen, weil sie im Dienste des Angeklagten Briefe unterschlagen und Gelder veruntreuet hatte, solcher Handlungen auch

überführt oder geständig war, vielmehr war zwar vom Angeklagten ein derartiges Vergehen im früheren Dienstverhältnis zur Sprache gebracht, jedoch von der Privatklägerin bestritten, sodann aber die sofortige Dienstentlassung vom ersteren angeboten und, wie er behauptet, Privatklägerin aber bestreitet, ohne Vorbehalt angenommen. Über solchen äußeren Hergang hat nun der Angeklagte sein Dienstmädchen W. nicht etwa zur Zeugin aufgerufen, ebensowenig vor ihr konstatiert, welche innerlichen Beweggründe ihn zu dem Angebot der Dienstentlassung bestimmt haben, er hat vielmehr einfach ehrenverletzende Behauptungen über die Privatklägerin aufgestellt und die W. verwarnt, sich nichts von jener anzunehmen.

Selbst wenn das verfolgte Interesse erkennbar hervorgetreten sein sollte, so kann es doch nicht als ein berechtigtes im Sinne des § 193 gelten. Die Gefahr, daß Privatklägerin bei ihren Bemühungen um ein neues Dienstverhältnis falsche Angaben über den wahren Grund ihrer Entlassung machen werde, war keine so schwerwiegende, um etwas, was regelmäßig unerlaubt ist (Aufstellung unerweislicher ehrenverletzender Behauptungen), ausnahmsweise als erlaubt erscheinen zu lassen; die Möglichkeit aber, daß die etwaigen falschen Angaben unehrenhafte für die Dienstherrschaft sein könnten, ist eine so fernab liegende, daß darauf keine Rücksicht genommen werden kann. Wie bedenklich es wäre, unter Umständen, wie sie hier nur vorliegen, zum Schutz gegen eine derartige Gefahr außerhalb der Regel liegende vorbeugende Maßnahmen zu gestatten, erhellt am besten daraus, daß alsdann auch wirksamere Mittel, als es das hier vorgeblich angewandte war, insbesondere Mitteilungen an die Dienstherrschaften, welche Dienstboten suchen, ohne Rücksicht auf deren Erweislichkeit statthaft sein müßten.

5. Aus diesen Erwägungen ist die Freisprechung aufgehoben und die Sache infolge dessen gemäß §§ 393 und 394 der StPO. in die vorige Instanz zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Die dem Urteil zu Grunde liegenden Feststellungen sind aufgehoben, weil sie die bei der anderweitigen Urteilsfällung zu berücksichtigenden thatsächlichen

Momente doch nicht erschöpfen, insbesondere die Frage der Erweislichkeit der vom Angeklagten aufgestellten Behauptung nicht betreffen.

Die Bestimmung über die Kosten der Revision war dem anderweitigen Urteil in der Berufungsinstanz vorzubehalten.

---

6. Strafgesetzbuch § 365 Abs. 2. Bezieht sich diese Vorschrift auch auf solche Fremde, welche über die Polizeistunde hinaus in dem Wirtshause verweilen, um mit einem dort logierenden Gaste gemeinschaftlich abzureisen? Darf der Wirt nur solche Fremden länger dulden, welche bei ihm Nachtquartier genommen haben?

Revisionsurteil des Strafsenats des Oberlandesgerichts de 28. Oktober 1887. Su. — Gründe:

Wider den Gastwirt Sch. zu K. ist Anklage wegen Verletzung des § 365 Abs. 2 des StGB. erhoben, weil er am 18. April 1887 dem Schmiedemeister S. aus B. — der an jenem Tage zum Besuche des Schmiedequartals mit seinem Fuhrwerk nach K. kam und sein Fuhrwerk bei dem Sch. einstellte, auch daselbst Frühstück verzehrte — und dessen beiden Begleitern, die zu gleichen Zwecken in K. waren und mit ihm nach Hause fahren wollten, auch mit ihm fortgefahren sind, Abends nach der Polizeistunde je ein Glas Bier gegen den üblichen Preis in seiner Gaststube, in welcher sie während des Anspannens des Fuhrwerks des S. etwa eine Viertelstunde verweilten, verabreicht hat. Der Sch. ist vom Großherzogl. Schöffengerichte zu K. durch Urteil vom 7. Juni 1887 freigesprochen, und die Berufung der Großherzogl. Staatsanwaltschaft gegen solches Urteil von der Strafkammer des Großherzogl. Landgerichts zu R. durch Urteil vom 8. September 1887 als unbegründet verworfen. Mittelst form- und fristgerecht eingelegter und begründeter Revision begehrt die Großherzogl. Staatsanwaltschaft Zu-

rückweisung der Sache an die Strafkammer des Großherzogl. Landgerichts zu R., indem sie annimmt, daß der Sch. nach § 365 Abs. 2 des StGB., unter Verurteilung in die Kosten, mit Strafe hätte belegt werden müssen.

Diesem Anverlangen konnte nicht nachgegeben werden, da der Auffassung der Vorinstanz, daß die angezogene gesetzliche Bestimmung den Gastwirt, der in seiner Gaststube Reisenden zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse in Anlaß der Reise Getränke verabreicht, nicht trifft, und da die Annahme in dem angefochtenen Urteile, daß die genannten Gäste des Sch. sich auf der Reise befanden und nur für in Anlaß der Reise erwachsene Bedürfnisse Befriedigung verlangten, bezw. erhielten, auf einem Rechtsirrtum nicht beruht. Wenn die Großherzogl. Staatsanwaltschaft davon ausgeht, daß der Gastwirt nur denjenigen Fremden, welche bei ihm Nachtquartier genommen haben, nach der Polizeistunde noch Getränke verabfolgen dürfe, und daß dies auch nur in den solchen Gästen angewiesenen Zimmern oder in der Privatstube des Gastwirts, nicht aber in der Gast- oder Schenkstube hätte geschehen dürfen, so kann dem nicht beigestimmt werden. Das angezogene Ministerialreskript vom 16. Dezember 1886 enthält eine Hinweisung auf die letztere Beschränkung überall nicht, aber — abgesehen davon, daß es nicht ausschlaggebend ist —, richtig verstanden, auch die erstere nicht. In demselben ist nämlich nur gesagt, daß die Vorschrift einer Polizeistunde die Berechtigung der Gastwirte, Fremde, die bei ihnen Nachtquartier genommen, zu bewirten, nicht berühre, daß jede andere Bewirtung nach Eintritt der Polizeistunde eine Verletzung des § 365 Abs. 2 des StGB. enthalte, ist damit nicht ausgesprochen, vielmehr nur der hauptsächlichste Fall einer Ausnahme erwähnt. Mit dem bezeichneten Falle steht derjenige ganz gleich, wo Reisende zur Befriedigung von Reisebedürfnissen bewirtet werden, wie dies von Oppenhoff, Kommentar zum StGB. § 365 not. 3, anerkannt ist. Zu befürchten ist auch nicht mit der Großherzogl. Staatsanwaltschaft, daß die Anerkennung der vorstehenden Auffassung die Aufrechterhaltung der Vorschriften über die Polizeistunde vollständig unausführbar mache,

bezw. unzuträgliche Resultate ergeben werde. Denn nicht ergiebt sich daraus, daß bei Entfernung der Einheimischen bei Eintritt der Polizeistunde die Fremden, die ihr Fuhrwerk eingestellt haben, ruhig weiter trinken dürfen, da sie durch ein solches Beginnen zu sitzenden Gästen werden, während nur das Verweilen in Anlaß der Reise auf die dadurch gebotene Zeitdauer gestattet ist. Auch können nicht die Knechte vom Lande, wo um 10 Uhr die Polizeistunde beginnt, dann in die Stadt kommen und als „Reisende" in den Gasthäusern die Nächte durchzechen, da sie unter den bezeichneten Voraussetzungen nicht oder wenigstens nicht mehr als Reisende würden angesehen werden können. Nach den getroffenen Feststellungen liegt der anliegende Fall nicht derartig, nach denselben verweilten die Bewirteten nur eine kurze Zeit, welche für die Beschaffung der Anspannung des eingestellten Fuhrwerks notwendig war, und verzehrten sie offensichtlich nur soviel, als sie in Anlaß ihres Eintretens in die Gaststube des Angeklagten zu verzehren veranlaßt waren.

Hiernach war denn die Revision, wie geschehen, zurückzuweisen, und waren die Kosten dieser Instanz der Staatskasse nach § 505 der StPO. zur Last zu legen, bezw. war dem Angeklagten der Ersatz der demselben in jetziger Instanz erwachsenen notwendigen Auslagen zuzusprechen.

---

7. Meckl. Verordnung de 13. Oktober 1875 zur Verhütung von Unglücksfällen beim Gebrauche von Maschinen § 6. Verfehlt sich gegen diese Vorschrift der Arbeiter, der allein bei der Maschine beschäftigt ist, wenn er, um die Arbeitsmaschine durch Aufschütten zu bedienen, das Göpelwerk etwa 1/4 Stunde ohne Aufsicht im Betriebe gelassen hat?

Revisionsurteil des Straffenats des Oberlandesgerichts de 26. November 1887.
Fe.

Der Angeklagte arbeitete am 4. Juni 1887 auf Geheiß seines Dienstherrn mit dessen Schrotmühle, bestehend aus der

Arbeitsmaschine und dem Göpelwerke, welches mittels eines Pferdes getrieben wurde. Die Arbeitsmaschine befand sich in einem umschlossenen Raume, das Göpelwerk aber im Freien. In dem für jene bestimmten Raum befand sich ein kleines Fenster, durch welches das Göpelwerk übersehen werden konnte, die Lage des Fensters war aber eine derartige, daß der bei der Arbeitsmaschine beschäftigte das Göpelwerk nicht zu beobachten vermochte. Der Angeklagte hat nun, als er die Arbeitsmaschine durch Aufschütten ꝛc. bediente, das Göpelwerk etwa $^1/_4$ Stunde ohne Aufsicht im Betriebe belassen, und ist deshalb eine Strafverfügung gegen ihn erlassen. Er hat auf gerichtliche Entscheidung angetragen und ist zu 1 Mark Strafe, aushilflich 1 Tag Haft, sowie in die Kosten verurteilt, seine Berufung gegen dies Urteil ist zurückgewiesen, und hat er form- und fristgerecht die Revision eingelegt, sowie begründet. Er stützt dieselbe darauf, daß der der angefochtenen Entscheidung zu Grunde gelegte § 6 der einheimischen Verordnung vom 18. Oktober 1875, betreffend die Verhütung von Unglücksfällen beim Gebrauche von Maschinen (Reg.-Bl. Nr. 27) mit Unrecht auf ihn angewendet sei, da dessen Vorschrift:

„Bespannte Maschinen dürfen niemals ohne Aufsicht gelassen werden“,

nicht für den Arbeiter, sondern nur für den Arbeitgeber normiere.

Ob dieser Auffassung des Angeklagten, — die in dem hiesigen Urteile vom 6. März 1883

(Mecklenb. Zeitschrift Bd. III. S. 176)

in betreff einer anderen Vorschrift der erwähnten Verordnung gebilligt ist, — in aller Hinsicht beigetreten werden kann, mag dahin gestellt bleiben. Allemal richtet sich die hier fragliche oben erwähnte Vorschrift zunächst an denjenigen, welcher eine in der Verordnung bezeichnete Maschine in Betrieb setzen läßt, und enthält sie für ihn eine Bestimmung dahin, dafür zu sorgen, daß ein ausreichendes Personal zur Aufsicht für die bespannte Maschine bestellt wird. Für Fälle der hier vorliegenden Art, wo die Arbeitsmaschine und das Göpelwerk derartig getrennt

liegen, daß bei der Bedienung des einen Teils der andere unbeaufsichtigt bleiben muß, wird daher der Arbeitgeber gegen den § 6 cit. verstoßen haben, wenn er nur eine Person mit der Bedienung betraut. Sein Unterlassen der Befolgung des Gesetzes kann aber dem zur Aufsicht Angestellten nicht angerechnet werden, da der Arbeitgeber sich selbst sagen mußte, daß der Arbeiter zur Zeit nur je einen Teil des Betriebswerkes beaufsichtigen konnte, und dessen Übernahme der Arbeit nur in diesem Sinne von dem Arbeitgeber gedeutet werden konnte. Enthielt aber die Übernahme der Aufsicht seitens des Angeklagten nur eine Verpflichtung dahin, daß er die gesamte Maschine je nur zu einem Teile beaufsichtigen wolle, galt sie im übrigen als von ihm nicht übernommen, so liegt in deren Unterlassen für den Angeklagten keine Verletzung des angezogenen § 6 der Verordnung vom 13. Oktober 1875, vielmehr ist die unterlassene Aufsicht einesteils der Maschine lediglich dem Dienstherrn als Arbeitgeber zuzurechnen. Hiernach war denn, — ohne daß untersucht zu werden braucht, ob nicht der Arbeiter, falls er die ausführbare und übernommene Aufsicht vernachlässigt, nach der hier fraglichen gesetzlichen Bestimmung zu strafen wäre, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils der Angeklagte freizusprechen, und waren die Kosten des Verfahrens der Staatskasse zur Last zu legen, auch erschien es nach Lage der Sache geboten, dem Angeklagten den Ersatz der ihm erwachsenen notwendigen Auslagen zuzusprechen.

---

8. Strafgesetzbuch § 233.

Wie sind die Worte „auf der Stelle erwidert werden“ zu verstehen?

Revisionsurteil des Strafsenats des Oberlandesgerichts de 16. Dezember 1887.
Wi. — Gründe:

Durch Urteil des Schöffengerichts zu N. vom 31. August 1887 war der Angeklagte der leichten Körperverletzung des

Privatklägers, der widerbeklagte Privatkläger der wörtlichen Beleidigung des Angeklagten für schuldig erkannt, das Gericht hat indeß von der Befugnis des § 233 des StGB. Gebrauch machend beide Teile für straffrei erklärt und entschieden, daß jeder Teil die ihm erwachsenen Kosten selber und die erwachsenen Gerichtsgebühren je zur Hälfte zu tragen habe. Die von beiden Teilen gegen dieses Erkenntnis eingelegte Berufung hat die Strafkammer I. des Landgerichts zu N. durch Urteil vom 28. Oktober d. J. als unbegründet verworfen und die Kosten der Berufungsinstanz jeder Partei zur Hälfte auferlegt. Dieses Urteil ist vom Privatkläger mittelst rechtzeitig und rechtsförmlich erhobener, sowie gerechtfertigter Revision angefochten, und die letztere allein darauf gestützt, daß die Beleidigungen, welche die Vorinstanzen kompensiert haben, nach dem festgestellten Thatbestande nicht auf der Stelle erwidert seien.

Die Revision erscheint nicht begründet. Das Berufungsgericht stellt thatsächlich fest, der Angeklagte sei am 18. Juni d. J. vom Felde heimkehrend mit der Reitpeitsche in der Hand in seinen Pferdestall getreten, habe daselbst den Privatkläger dabei betroffen, daß er eines der im Stalle stehenden Pferde mit einer Peitsche geschlagen, demselben darüber erzürnt lebhafte Vorwürfe gemacht und ihm darauf mit der Reitpeitsche einen leichtschmerzenden Schlag über die Schulter versetzt, welcher nachteilige Folgen für das Befinden des Privatklägers nicht nach sich gezogen habe. Etwa eine Stunde später habe der Angeklagte den Privatkläger auf dem Hofe angeredet und letzterer auf die Anrede, über deren Inhalt keine Feststellungen getroffen sind, geantwortet: „Is gut, daß Du mir das sagst", diese Worte auch noch einmal wiederholt, und auf die Aufforderung des Angeklagten, innerhalb einer halben Stunde an die Arbeit zu gehen, erwidert: „In einer halben Stunde bin ich in N., weißt Du nun Bescheid?" Indem das Berufungsgericht, ohne hierbei von unrichtigen rechtlichen Gesichtspunkten auszugehen, auf die Handlungsweise des Angeklagten den § 223 des StGB., auf die dem Dienstherrn gegenüber gebrauchten beleidigenden Äußerungen des Privatklägers den § 185 des StGB. für anwendlich

erachtet, hält es zugleich die Voraussetzungen des § 233 des StGB. für gegeben. Es stellt nämlich des Ferneren thatsächlich fest, daß der Privatkläger, erzürnt über den erhaltenen Hieb, die erste sich bietende Gelegenheit benutzt habe, um seinem Groll gegen seinen Dienstherrn Ausdruck zu geben, und bei der etwa eine Stunde später erfolgenden Begegnung auf dem Hofe noch unter dem psychischen Eindrucke der ihm widerfahrenen Unbill gestanden habe, so daß die dem Privatkläger zur Last fallende Beleidigung sich als eine „auf der Stelle" erfolgte Erwiderung der ihm zugefügten Mißhandlung darstelle.

Diese Auslegung der Gesetzesworte kann ebenso wie die Anwendung des § 233 des StGB. auf den festgestellten Thatbestand als eine rechtsirrtümliche nicht bezeichnet werden. Die dem Richter in § 233 des StGB. beigelegte Befugnis, leichte Körperverletzungen mit solchen, Beleidigungen mit leichten Körperverletzungen, die letzteren mit ersteren, wenn sie „auf der Stelle" erwidert werden, in der Weise gegen einander aufzurechnen, daß er für beide Angeschuldigte oder einen derselben eine der Art oder dem Maße nach mildere oder überhaupt keine Strafe eintreten lassen kann, ist eine Erweiterung des ihm in § 199 des StGB. gewährten Rechts, im Falle eine Beleidigung „auf der Stelle" erwidert wird, beide Beleidiger oder einen derselben für straffrei zu erklären. Voraussetzung ist in beiden Fällen, daß die Körperverletzungen, resp. Beleidigungen, welche kompensiert werden sollen, an sich strafbare sind, und daß eine Erwiderung „auf der Stelle" vorliegt. Diese Worte des Gesetzes (vgl. auch § 213 des StGB.) sind nun aber nicht örtlich zu verstehen, so daß etwa die nicht am nämlichen Orte und nicht gleichzeitig erwiderten Beleidigungen, resp. Körperverletzungen von der Kompensationsbefugnis ausgeschlossen erschienen, sondern es kommt, wie von der überwiegenden Mehrzahl der Strafrechtslehrer anerkannt wird, darauf an, ob die Erwiderung noch unter der Wirkung des durch die erste Beleidigung, resp. Körperverletzung hervorgerufenen Affekts stand oder erst nach Ablauf einer zur Gemütsberuhigung hinreichenden Zeit stattgefunden hat.

Vgl. **Hälschner**, Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. II. S. 214,

Dochow in v. **Holtzendorff's** Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. III. S. 370,

v. **Liszt**, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. S. 272,

Olshausen, Kommentar zum StGB., 2. Aufl. § 199 Nr. 4,

Oppenhoff, Kommentar zum StGB., 10. Ausg. § 199 Nr. 4.

Wenn **Schwarze**, Kommentar zum StGB., 5. Aufl. § 199 Nr. 8, trotzdem auch er die Möglichkeit zugiebt, daß Zeit und Ort der Erwiderung andere sein können, als die der ersten Beleidigung, weil der durch die Beleidigung veranlaßte Affekt von der erlangten Kenntnis der ersteren abhängig sei, die Anwendung des § 199 dann ausschließen will, wenn der Beleidigte gegenwärtig war und die Erwiderung später erfolgte, so kann dieser Ansicht nicht beigestimmt werden. Denn es ist doch die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß die durch die Kränkung hervorgerufene Gemütserregung sehr wohl fortdauern kann, ohne daß sie sich sofort in gesprochenen Worten kundgiebt, daß aber trotzdem die spätere Erwiderung noch unter dem Eindruck der erlittenen Kränkung und der dadurch verursachten geistigen Erregung stand. Ob dies der Fall war, ist allerdings Sache der jedesmaligen thatsächlichen Feststellung, und in Übereinstimmung mit der hier zu Grunde gelegten Ansicht hat auch das Reichsgericht,

vgl. **Blum**, Annalen des Reichsgerichts Bd. I. Nr. 224 S. 552,

in einem Falle, in welchem die Erwiderung der ersten Beleidigung erst nach 5 Tagen erfolgt war, die Anwendung des § 199 des StGB. nicht für rechtsirrtümlich erachtet, indem es ebenfalls davon ausgeht, daß, um von der Befugnis des § 199 Gebrauch machen zu können, festgestellt werden müsse, daß der retorquierende Beleidigte noch unter dem psychischen Eindrucke der empfangenen Beleidigung gestanden habe, daß sich aber eine

absolut äußerste Grenze, über die hinaus es nicht mehr der Fall gewesen könne, nicht ziehen lasse. Eine gleiche unanfechtbare thatsächliche Feststellung hat nun aber der Berufungsrichter in bezug auf den Privatkläger hinsichtlich derjenigen Beleidigung getroffen, welche die Erwiderung der ihm zugefügten Mißhandlung war. Daß die Anwendung des § 233 des StGB. auf den festgestellten Thatbestand eine unrichtige gewesen, läßt sich nach obigem nicht behaupten, und da auch im übrigen Gesetzesverletzungen nicht ersichtlich sind, so war die Revision nicht für begründet zu erachten. Der Revident hat nach § 505 der StPO. die Kosten der Revisionsinstanz zu tragen und nach § 503 der StPO. dem Angeklagten in derselben etwa erwachsene notwendige Auslagen diesem zu erstatten.

---

9. Reichsgewerbeordnung § 35 Abs. 3.
Genügt es zum Begriffe der Gewerbsmäßigkeit einer Thätigkeit, daß der Leistende nur einen indirekten Vermögensvorteil erstrebt?

Revisionsurteil des Strafsenats des Oberlandesgerichts de 16. Dezember 1887. Ru. — Aus den Gründen:

Die vorzugsweise zu entscheidende Frage ist also, ob eine fortgesetzt entwickelte oder eine einmal mit der Absicht auf Fortsetzung beschaffte Thätigkeit, auch wenn sie ohne Zahlung erfolgte, bezw. eine Bezahlung nicht beabsichtigt war, deshalb als eine gewerbmäßige angesehen werden kann, weil mittels derselben ein, wenn auch nur indirekter Erwerb, also ein Vermögensvorteil, erstrebt wird. Die Bejahung dieser Frage aber unterliegt keinem gegründeten Bedenken, da eine Thätigkeit der bezeichneten Art, wenn sie ihrem Inhalte nach eine gewerbsmäßige sein kann, als solche angesehen werden muß, falls sie auf irgend einen Erwerb gerichtet ist und aller Anhalt dafür fehlt, derselben nur bei einem Erwerbe bestimmter Art, also

namentlich nur bei erfolgter oder beabsichtigter Zahlung, den Charakter der Gewerbsmäßigkeit beizulegen. Dies verkennt nun auch das Berufungsgericht insoweit nicht, als es bei seiner Beurteilung miterwogen hat, ob der Angeklagte etwa andere Vorteile, namentlich durch Geschenke an seine Kinder, bezw. durch Kreditgewährung mittels seiner hier fraglichen Thätigkeit erstrebt und erlangt hat. Dasselbe glaubt aber weiter nicht gehen, und namentlich die Vermehrung der Kundschaft für ein anderes Gewerbe als einen Erwerb nicht ansehen zu dürfen, da eine Erschließung weiterer Quellen des Erwerbes, aus denen möglicherweise einmal ein Gewinn gezogen werden könne, als ein Vermögensvorteil, und somit als Erwerb, nicht zu benehmen sei. Diese Ausführung aber würde, falls darin der Ausspruch enthalten sein sollte, daß ein Erwerb erzielt sein müsse, Billigung nicht finden können, da derselbe nur erstrebt zu sein braucht, und würde allemal dann rechtsirrtümlich sein, wenn damit die Möglichkeit eines Erwerbs hat geleugnet werden sollen, da auch der in der bezeichneten Weise erstrebte Vorteil ein, wenn auch nicht leicht ziffermäßig festzustellender Vermögensvorteil sein würde und daher als ein für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit einer Thätigkeit ausreichender Erwerb würde gelten müssen. Dies aber als richtig vorausgesetzt, ist die aufgestellte Unterscheidung der verschiedenen Arten des erstrebten Erwerbs, abgesehen davon, daß sie wegen ihrer Unbestimmtheit als unbrauchbar erscheint, eine willkürliche und würde zu Konsequenzen, die niemals gebilligt werden können, führen. Darnach müßte nämlich bei jedem nur mittelbaren oder indirekten Vermögensvorteile die Gewerbsmäßigkeit geleugnet werden, dann aber entfielen für alle solche Fälle die zur Aufrechterhaltung eines ordnungsmäßigen Gewerbebetriebes aufgestellten gesetzlichen Bestimmungen, und wäre es namentlich auch demjenigen, welchem ein bestimmtes Gewerbe untersagt ist, leicht möglich, das Verbot auf einem Umwege schrankenlos zu überschreiten. Daß der Gesetzgeber dies Resultat gewollt habe, kann man niemals annehmen, und ist denn das Gegenteil auch schon wiederholt in der Rechtssprechung anerkannt, indem namentlich

vgl. Landmann, Die Gewerbeordnung für das deutsche Reich S. 17 und 123,

in der zwecks Anlockung von Gästen erfolgten unentgeltlichen Verabreichung von Branntwein zum Bier seitens eines zum Ausschank von Branntwein nicht berechtigten Schenkwirts, sowie in dem Ausschank von Bier, bezw. der Beherbergung ohne besondere Bezahlung seitens eines Speisewirts, bezw. eines Schenkwirts, Kontraventionen gegen die Reichsgewerbeordnung erblickt wurden, da diese Handlungen als zur Förderung der Gewerbethätigkeit und damit zur gewerblichen Gewinnerzielung vorgenommen anzusehen seien.

---

10. Reichsgewerbeordnung § 144 Abs. 2, Medizinalordnung für Mecklenburg-Strelitz de 6. Mai 1840 §§ 30 und 40.

Gehören Hebammen zu den im § 144 Abs. 2 der GO. erwähnten Medizinalpersonen? Sind die Bestimmungen der §§ 30 und 40 der Medizinalordnung bezüglich der Hebammen noch in Kraft?

Revisionsurteil des Straffenats des Oberlandesgerichts de 17. Februar 1888. Ko. — Gründe:

Der § 30 der Medizinalordnung für Mecklenburg-Strelitz vom 6. Mai 1840 (Off. Beilage der Mecklenburg-Strelitzschen Anzeigen Nr. 11) enthält die Bestimmung: „Jede neu anzustellende Hebamme hat Tag und Nacht, Armen und Reichen gleich auf Erfordern ihre Hilfe angedeihen zu lassen, für die Wöchnerin und das Kind bestens zu sorgen.“ Übertretungen der Medizinalordnung werden nach § 40 derselben in Verbindung mit § 5 der Verordnung vom 22. Dezember 1870, betr. das neben dem StGB. in Kraft bleibende Landesstrafrecht (Off. Anz. 1871 Nr. 2) mit Geldstrafe bis zu 150 Mark oder Haft bis 6 Wochen bestraft.

Die beiden Angeklagten, Hebamme Marie K., geb. Z., und Hebamme Auguste B., geb. M., zu N., sind wegen Übertretung der angezogenen Vorschriften angeklagt, indeß vom Schöffengerichte zu N. durch Urteil vom 26. Oktober 1887 freigesprochen.

Die gegen dieses Erkenntnis von der Großherzogl. Staatsanwaltschaft eingelegte Berufung ist durch Urteil der Strafkammer I. des Großherzogl. Landgerichts zu N. vom 16. Dezember 1887 als unbegründet verworfen, indem zugleich der Staatskasse die Kosten der Berufungsinstanz, sowie die den Angeklagten zu erstattenden notwendigen Auslagen zur Last gelegt sind. Das Berufungsgericht stellt in Übereinstimmung mit der Vorinstanz thatsächlich fest, daß beide Angeklagte in N. angestellte und mit Standgeld versehene Hebammen sind und einer in der Nacht vom 6. auf den 7. Juli v. J. an sie ergangenen Aufforderung, zu der Ehefrau des Arbeitsmanns D. in N. sich zu begeben, um derselben bei ihrer unmittelbar bevorstehenden, demnächst ohne Hilfe einer Hebamme erfolgten Entbindung beizustehen, keine Folge geleistet haben. Ohne auf die thatsächlichen Schutzbehauptungen der Angeklagten, durch welche dieselben die Verweigerung der Hilfeleistung als eine gerechtfertigte hinstellen wollen, einzugehen, hat das Berufungsgericht das erste Erkenntnis lediglich aus dem rechtlichen Gesichtspunkte bestätigt, weil es der Ansicht ist, daß der § 144 Abs. 2 der GO. auch auf Hebammen Anwendung finde, die der Anklage zu Grunde gelegten Bestimmungen der Medizinalordnung demnach aufgehoben seien und die den Angeklagten zur Last gelegte That unter kein Strafgesetz falle.

2. Die gegen dieses Urteil von der Großherzogl. Staatsanwaltschaft form- und fristgerecht eingelegte, auch gerechtfertigte Revision rügt Verletzung des § 40 der Medizinalordnung durch Nichtanwendung und des § 144 Abs. 2 der GO. durch unrichtige Anwendung. Das Rechtsmittel war für begründet zu erachten.

Es kann zunächst die nicht zweifelsfreie Frage hier unerörtert bleiben, ob nicht angestellte Hebammen, im Falle sie ihren

Berufspflichten zuwiderhandeln, wegen Übertretung des § 40 der Medizinalordnung etwa um deswillen nicht bestraft werden können, weil das Cap. 8 der Medizinalordnung mit der Überschrift „Hebammen“ seinem ganzen Inhalte nach nur von anzustellenden Hebammen handelt. Denn es steht thatsächlich fest, daß die beiden Angeklagten sowohl mit Standgeld versehene als angestellte Hebammen im Sinne des Cap. 8 cit. sind. Daraus folgt aber nicht, wie die Verteidigung am Schlusse ihrer Gegenerklärung anführt, daß sie auch Beamten-Qualität haben, ihr Vergehen nur als eine Verletzung von Amtspflichten zu charakterisieren und nur disziplinarisch zu ahnden sei. Immer bleibt die Ausübung ihres Berufs ein Gewerbe, und die Anstellung mit Standgeld hat nur den Zweck, dafür zu sorgen, daß die Hebammen, welche zur Eingehung eines derartigen Kontrakts, nachdem sie zum Gewerbebetriebe zugelassen sind, keinenfalls gezwungen werden können, sich, wie es in den Motiven zur GO. heißt, „auch auf die minder volkreichen Gegenden angemessen verteilen.“ Soweit es sich, wie im vorliegenden Falle, um eine Übertretung der für die Ausübung des Gewerbebetriebes gegebenen Vorschriften handelt, ist die festzusetzende Strafe auch gewerbe-polizeilicher Natur und ihre Verhängung im Wege des ordentlichen Strafverfahrens nicht ausgeschlossen. Daran vermag auch der von der Verteidigung geltend gemachte Umstand nichts zu ändern, daß für die vor dem Inkrafttreten der GO. angestellten Hebammen in N. das ihnen durch Verordnung vom 26. Juli 1832,

v. Dewitz, Repert. S. 127,

verliehene Monopol mit dem genannten Zeitpunkte in Wegfall gekommen ist. Derselbe würde den bezeichneten Hebammen, denen übrigens für den Fall, daß der Verlust an ihren Einnahmen ein erheblicher ist, durch die vom Berufungsrichter citierte Cirkular-Verordnung vom 15. August 1872 sub 4 eine Erhöhung des Standgeldes auf Antrag in Aussicht gestellt ist, höchstens einen civilrechtlichen Anspruch auf Entschädigung gewähren können, wenn ein solcher (vgl. § 7 Schlußsatz der GO.) durch Landesgesetz garantiert wäre.

3. Es steht hiernach nur noch zur Frage, ob die Bestimmung in Abs. 2 des § 144 der Gewerbeordnung:

„Jedoch werden aufgehoben die für Medizinalpersonen bestehenden besonderen Bestimmungen, welche ihnen unter Androhung von Strafen einen Zwang zu ärztlicher Hilfe auferlegen",

auch auf Hebammen Anwendung findet.

Daß die citierte Cirkular-Verordnung, welche diese Frage verneint, keine ausschlaggebende Bedeutung hat, ist dem Berufungsrichter unter Bezugnahme auf die dafür angeführten Gründe ohne weiteres zuzugeben, und ebensowenig läßt sich bestreiten, daß der Begriff „Medizinalpersonen" unter Umständen auch die Hebammen umfassen kann, und daß derselbe für die Verneinung der Frage jedenfalls nicht entscheidend sei. Denn wie in dem Urteil des Reichsgerichts Bd. VI. der Entscheidungen in Strafsachen S. 261 des Näheren zutreffend ausgeführt ist, hat die GO. den Begriff einer Medizinalperson überhaupt nicht feststellen und es namentlich nicht feststellen wollen, daß landesrechtlich auch andere Personen als Medizinalpersonen angesehen werden. Gehören sie nun auch reichsgesetzlich jedenfalls nicht zu den „approbierten" Medizinalpersonen des § 29 der GO.,

vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. X. S. 340 ff.,

so ist es doch zum mindesten zweifelhaft, ob sie nicht wenigstens nach dem Stande der mecklenburg-strelitzschen Gesetzgebung zu den Medizinalpersonen zu rechnen sind. Indeß bedarf es einer Erörterung dieser Frage hier nicht, weil schon aus anderen Gründen der § 144 Abs. 2 der GO. auf die Hebammen nicht bezogen werden kann. Es ergiebt sich dies einmal aus dem Wortlaut desselben. Nur diejenigen für Medizinalpersonen bestehenden besonderen Bestimmungen werden aufgehoben, welche ihnen einen Zwang zu *ärztlicher* Hilfe auferlegen. Würde allein das entscheidende Gewicht auf das Wort „Medizinalpersonen" gelegt werden müssen, so würden doch sicherlich auch die Apotheker unter den Paragraph fallen, diese sind aber zweifellos davon ausgenommen, weil ihre Hilfeleistung doch niemals eine ärztliche

genannt werden kann. Und dasselbe muß auch von den Hebammen gelten. Denn unter ärztlicher Hilfe ist nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nur die von einem Arzte geleistete, resp. zu leistende Hilfe zu verstehen, und mag der Begriff „Arzt" auch alle Unterarten desselben, wie Zahnarzt, Tierarzt ꝛc., decken, die Hebammen wird man zu keiner dieser Kategorien rechnen können, ebenso wie die Apotheker. Daß sie etwa um deswillen, weil sie bei Entbindungen Hilfe leisten, den im § 29 des GO. genannten Geburtshelfern gleichzustellen seien, diese Argumentation ist bereits im Reichsgericht in der citierten Entscheidung Bd. X. S. 342 a. E. mit Recht als haltlos zurückgewiesen worden.

Die hier vertretene Ansicht teilen ausdrücklich:

Landmann, Kommentar zur GO. § 144 Note 3 a. E.,
Kayser, Kommentar zur GO. § 144 Note 6,

während in den sonst hier zugänglich gewesenen Kommentaren der GO. von Jakobi, Bödiker, Endemann, sowie bei Max Seydel in Hirth's Annalen des deutschen Reichs 1881 S. 569 ff., Meves, Die strafrechtlichen Bestimmungen der GO. S. 561 ff., Meyer, Lehrbuch des Verwaltungsrechts Th. I., Das Gewerbewesen S. 350 ff., sich wenigstens nicht die entgegengesetzte Meinung verteidigt findet. Zum andern aber ergiebt sich die Richtigkeit obiger Auffassung unzweifelhaft aus der Entstehungsgeschichte des genannten § 144 im Vergleich mit derjenigen des § 29 der GO.

Der erstgenannte Paragraph lautete als § 161 im Entwurf einer GO. für den Norddeutschen Bund,

vgl. St. B. über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Legislatur-Periode, Session 1869 (St. B.), Bd. III. S. 105,

wie folgt:

„Inwiefern Vergehen der Gewerbetreibenden gegen ihre Berufspflichten außer den in diesem Gesetz erwähnten Fällen einer Strafe unterliegen, ist nach den darüber bestehenden VO. zu beurteilen."

Der Absatz 2 fehlte und verdankt seine Entstehung einem

Antrage der Abgeordneten Lasker und Dr. Meyer (St. B. III. S. 508), welcher einige hier nicht weiter in betracht kommende Änderungen des Abs. 1, sowie einen Zusatz als Abs. 2 des Inhalts bezielte:

> „Jedoch werden aufgehoben die für Medizinalpersonen bestehenden besonderen Bestimmungen, welche ihnen unter Androhung von Strafen einen Zwang zu ärztlicher Praxis auferlegen."

Einen gleichen Antrag hatte der Abgeordnete Dr. med. Löwe gestellt, nämlich folgenden Zusatz zu § 161 zu beschließen (vgl. St. B. III. S. 318 Nr. 83):

> „Alle Strafbestimmungen der Landesgesetze jedoch, durch welche den Medizinalpersonen (§ 29) unter Androhung von Strafen ein Zwang zu ärztlichen Leistungen auferlegt ist, werden hierdurch aufgehoben."

Hier war also schon eine Bezugnahme auf den § 29 der GO. vorgesehen, und der Abgeordnete Löwe war es auch, welcher bei der zweiten Lesung des Entwurfs — die beiden Anträge sind erst nach der ersten Lesung gestellt — in der Reichstagsverhandlung vom 3. Mai 1869 — siehe St. B. II. S. 763 — als einziger Redner zur Begründung beider Anträge das Wort ergriff. Derselbe bezeichnete die Anträge zunächst als ein natürliches Resultat der Beschlüsse, welche bei § 29 der GO. gefaßt seien und als eine sich daraus ergebende Notwendigkeit, die Strafbestimmungen der Landesgesetze, durch welche den Medizinalpersonen unter Androhung von Strafen Zwang zu ärztlichen Dienstleistungen auferlegt sei, aufzuheben. Er begründete den Antrag sodann mit der in Preußen geschöpften Erfahrung, wo bis zum Jahre 1851 derartige Bestimmungen nicht existiert hätten, ohne daß thatsächliche Klagen in der Zeit gehört worden seien, betonte, daß die Ärzte, welche um die Aufhebung bäten, nicht daran dächten, die für alle geltenden Humanitätspflichten, die in dem allgemeinen Sittengesetz liegen, von den Ärzten fortzunehmen, sondern nur wünschten, daß die Bestimmungen, die gerade den Arzt verpflichten, sein Geschäft auszuüben, auch wenn er sich nicht dazu im Stande fühlt, oder wenn

er es nicht ausüben will, beseitigt würden. Im ganzen Verlauf der Rede wird nur von Ärzten gesprochen, der Hebammen geschieht überall keine Erwähnung. Der Vorschlag der Abgeordneten Lasker und Meyer erhielt, ohne daß sich eine weitere Diskussion darüber entspann, die Majorität und der § 161 als § 138 diejenige Fassung, wie sie demnächst in Gesetzesform publiziert ist, mit dem einzigen Unterschiede, daß statt des Wortes „Hilfe" in Abs. 2 das Wort „Praxis" stand. Die letzterwähnte Änderung wurde erst auf Antrag der Abgeordneten Runge und Genossen in der dritten Lesung vorgenommen und gleichzeitig in Abs. 1. der § 143 in Klammern eingeschaltet, der § selbst aber als § 144 bezeichnet.

Vgl. St. B. III. S. 504, 687 und 735, II. S. 764 und 1112.

Wie es sich mit den erwähnten Beschlüssen zu § 29 verhält, ergeben die nachstehenden Ausführungen, durch welche zugleich der Einwand der Verteidigung, alle Erwägungen, welchen der § 144 Abs. 2 seine Entstehung verdanke, paßten auch auf die Hebammen, seine Widerlegung findet. Während nämlich Abs. 2 und 3 des § 29 im Entwurf mit dem Gesetzestext, abgesehen von dem Schlußsatz in Abs. 2 übereinstimmen, lautete Abs. 1 im Entwurf:

„Ärzte, Zahnärzte und Apotheker bedürfen einer Approbation, welche auf Grund des Nachweises der Befähigung erteilt wird." (St. B. III. S. 96.)

Die Motive zu diesem Paragraphen (St. B. III. S. 117) führen aus, es komme darauf an, für die Medizinalpersonen — die Hebammen werden hierunter nicht verstanden, sondern ihrer wird in den Motiven zu § 30 und § 6 besonders gedacht, wie unten noch weiter erörtert werden wird — die Freizügigkeit innerhalb des Bundesgebiets dadurch herzustellen, daß Prüfungen und Approbationen von Bundeswegen eingeführt würden, welche den Beteiligten die Befugnis gewähren, innerhalb des Bundesgebiets nach freier Wahl ihr Domizil aufzuschlagen und zu ändern. Der Entwurf beabsichtigte keineswegs, die Ausübung des ärztlichen Gewerbes allgemein freizugeben, machte dieselbe viel-

mehr von dem Nachweise einer Befähigung abhängig. Die einschneidende Änderung, welche der Entwurf in der zweiten Lesung nach dieser Richtung hin erlitt, ist auf die Anträge der Abgeordneten Runge und von Hennig, sowie des Dr. Löwe zurückzuführen.

Vgl. St. B. III. Aktenstück Nr. 86 al. 1, Nr. 83 S. 320 und 318.

Dieselben bezielten Freigabe der ärztlichen Praxis, Aufhebung der Gesetze über die Medizinalpfuscherei und Zwangsapprobation nur für diejenigen, welche sich Arzt nennen oder einen ähnlichen Titel beilegen wollen. Der Reichstag beschloß in zweiter Lesung (St. B. I. S. 332), den Anträgen folge zu geben, und als Konsequenz dieser Beschlüsse ist vom Abgeordneten Löwe in der oben erwähnten Rede über § 144 die Notwendigkeit, den von ihm hierzu beantragten Zusatz anzunehmen, hervorgehoben. Eben weil das Kurieren Jedermann gestattet wurde, wenn er sich nur nicht als Arzt oder mit einem ähnlichen Titel bezeichnete, sollten auch die Strafbestimmungen, welche den Ärzten Zwang zur Leistung ärztlicher Hilfe auferlegten, fallen. Wie in der gesammten Diskussion über den § 29 (St. B. I. S. 301 ff.) bei der zweiten Lesung der Hebammen wiederum mit keinem Worte gedacht ist, so passen auch weder die Erwägungen, mit denen in den Motiven die den Ärzten gewährte Freizügigkeit begründet ist, noch diejenigen, welche zur Annahme der obigen Amendements zu § 29 und § 144 geführt haben auf die Hebammen. Denn wenn § 30 vorschreibt: „Hebammen bedürfen eines Prüfungszeugnisses der nach den Landesgesetzen zuständigen Behörde", so ist damit keineswegs eine Freizügigkeit der Hebammen innerhalb des Bundesgebiets (jetzt des Reichs) statuiert, denn das Prüfungszeugnis gilt, von besonderen Staatsverträgen abgesehen, nur für das Gebiet des Staates, dessen Behörde dasselbe erteilt hat.

Vgl. Landmann, GO. § 30 Nr. 8 a. E.

Die Motive zu § 6 (St. B. III. S. 113 a. E.) besagen hierüber:

„Die Landesgesetze über die Ausübung der Heilkunde

mußten vorbehalten werden. — Es bewendet daher nicht bloß bei den Bestimmungen über die Pflichten der Ärzte 2c., sondern auch bei den Vorschriften über die Bestellung des Hilfspersonals für die kleine Chirurgie und der Hebammen"

und zu § 30:

„Was die Hebammen anlangt, so sind die wegen Bestellung derselben bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften, welche namentlich dafür Sorge zu tragen haben, daß sich die Hebammen auch auf die minder volkreichen Gegenden angemessen verteilen, durch § 6 vorbehalten."

Noch viel weniger aber ist durch die GO. das Hebammengewerbe frei gegeben, im Gegenteil ist die gewerbmäßige Ausübung der Geburtshilfe durch Personen weiblichen Geschlechts, wenn sie seitens ungeprüfter Personen erfolgt, mögen sie sich Hebammen nennen oder nicht, nach § 147 Ziff. 1 der GO. mit Strafe bedroht.

Vgl. auch Landmann § 30 Nr. 8 a. Anf.

In das Gesetz ist die citierte Bestimmung des Entwurfs über die Hebammen im § 30 unverändert und ohne daß sich bezüglich ihrer an denselben eine Diskussion angeschlossen (vgl. St. B. I. S. 346 ff.) aufgenommen worden, und ergiebt sich somit aus vorstehendem zur Genüge, daß der § 144 Abs. 2 der GO. auf Hebammen keine Anwendung finden kann.

Ein Gegenargument gegen diese Auffassung darf auch nicht aus dem Umstande hergeleitet werden, daß die Verordnung, betreffend das Hebammenwesen für Mecklenburg-Schwerin, vom 9. April 1885, wie sich im Hinblick auf die Motive zu § 13 nicht verkennen läßt, auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht, denn auf der anderen Seite sind in verschiedenen anderen Bundesstaaten noch nach dem Inkrafttreten der GO. Hebammenordnungen erlassen, welche die Hilfeleistungen den Hebammen (und zwar nicht nur den angestellten) unter Androhung von polizeilichen Strafen zur Pflicht machen. So enthält die sächsische revidierte Hebammenordnung vom 8. Mai 1872 § 7 die Bestimmung: „Die Hebamme soll zu allen Stunden des Tages und

der Nacht bereit sein, den Schwangeren, Kreißenden ꝛc., die ihrer Dienste bedürfen, ohne Zeitverlust zu Hilfe zu eilen." Zuwiderhandlungen gegen die in der Hebammenordnung getroffenen Vorschriften sind nach § 10 der Einführungsverordnung vom gleichen Datum an den Hebammen mit Geldbuße bis zu 50 Thalern oder mit Haft bis zu 6 Wochen zu ahnden.

Vgl. Wiener, Handbuch der Medizinalgesetzgebung des deutschen Reichs und seiner Einzelstaaten II. Bd. 2. Teil S. 423 und 425.

Eine gleiche Vorschrift findet sich in der Instruktion für die preußischen Hebammen § 4: „Jede Hebamme soll allezeit bereit sein, bei Tage sowohl als auch in der Nacht, Schwangeren und Gebärenden, welche ihren Beistand fordern, baldmöglichst zur Hilfe zu kommen." Die Einhaltung der in der Instruktion den Hebammen auferlegten Pflichten schreibt der § 5 Nr. 2 der Ministerialverfügung vom 6. August 1883, betreffend das Hebammenwesen, ihnen ausdrücklich vor, und des ferneren bestimmt die Instruktion zur Ausführung dieser Verfügung sub 5, daß die Erfüllung der den Hebammen in sanitätspolizeilichem Interesse durch § 5 (der Verfügung) auferlegten Verpflichtung durch besondere Polizeiverordnungen sicher zu stellen sei. Durch die auf Grund dieser festzusetzenden Strafen sollen nach § 6 der Ministerial-Verfügung cit. die Hebammen zur Erfüllung besagter Verpflichtungen angehalten werden.

Vgl. Wiener II. Bd. Teil I. S. 445, 446, 448, 450.

Der Erlaß von Bestimmungen vorstehender Art und ihr jahrelanges Bestehen wäre in der That undenkbar, wenn der § 144 Abs. 2 der GO. die Hebammen ebenfalls umfaßte.

4. Es ergiebt sich aus diesen Gründen, daß das Berufungsgericht von einer irrigen Rechtsanschauung ausgegangen ist, wenn es den § 40 der Medizinalordnung in seiner Anwendung auf die hier zur Frage stehende Vorschrift des § 30 derselben durch den § 144 Abs. 2 der GO. für beseitigt erachtet. Da das Urteil mithin auf einer Verletzung des materiellen Rechts beruht, war die Revision für begründet zu erachten und das angefochtene Urteil mit Einschluß der thatsäch-

lichen Feststellungen aufzuheben und zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die Instanz zurückzuverweisen.

---

11. Ist zur Gültigkeit des von einem meckl.-schwerinschen Domanialamte gestellten Strafantrages die Unterschrift sämtlicher Mitglieder der Behörde erforderlich?

Revisionsurteil des Straffenats des Oberlandesgerichts de 4. Februar 1888. Ee. — Aus den Gründen:

1. Der Angeklagte beantragt mit seiner form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Revision in erster Linie, das Verfahren einzustellen, da ein ordnungsmäßig gestellter Strafantrag nicht vorliege. Er rügt in dieser Beziehung, daß der von dem Großherzogl. Amt zu D. als der vorgesetzten Dienstbehörde des von dem Angeklagten beleidigten Polizeidieners D. gestellte Strafantrag vom 13. August v. J. zu [3] act. in dorso nur von dem Amtmann Dr. B. unterschrieben sei, während bei der genannten Behörde zu jener Zeit zwei Beamte fungierten, welche nach der Verfassung der Großherzogl. Domanialämter ein Kollegium bildeten und daher einen von jener Behörde zu stellenden Strafantrag gültig nur durch ihre gemeinschaftliche Unterschrift hätten erheben können.

2. Diesem prinzipalen Antrage des Angeklagten konnte nicht folge gegeben werden. Es mag dahingestellt bleiben, ob die form- und fristgerechte Stellung des Strafantrags bei Antragsdelikten, wie das Reichsgericht in konstanter Rechtsprechung in Übereinstimmung mit einer großen Anzahl angesehener Rechtslehrer annimmt,

> vgl. die bei v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Auflage S. 175 Note 5, angeführten Urteile und die Literaturangaben bei Binding, Handbuch des Strafrechts Bd. I. S. 611,

als eine Strafprozeßvoraussetzung anzusehen ist, deren Vor-

handensein in Gemäßheit des § 380 der StPO. nicht zum Gegenstand der Revision gegen ein in der Berufungsinstanz erlassenes Urteil gemacht werden darf, da der auf die angeblich mangelhafte Stellung des Strafantrags seitens des Amts D. gestützte Revisionsangriff doch allemal als unbegründet erscheinen müßte. Denn wenngleich der Geschäftsbetrieb bei dem genannten mit zwei Beamten besetzten Amte ein kollegialischer ist, und demgemäß die von dieser Behörde ausgehenden Verfügungen, von Behinderungsfällen abgesehen, von beiden Beamten zu beschließen sind, so ist es doch ein unzweifelhafter Satz des einheimischen Verwaltungsrechts, daß die Verfügungen und Anordnungen der Großherzogl. Ämter nach außen hin als gültig erlassene anzusehen sind, wenn sie auch nur die Unterschrift eines der bei jenen Behörden angestellten Beamten tragen, und die Legalität jener behördlichen Erlasse, welche äußerlich als formrichtige erscheinen, ist bekannter Rechtsregel gemäß so lange zu präsumieren, als nicht Umstände vorliegen, welche die Annahme zu begründen vermögen, daß sie als Verfügungen des Amts nicht betrachtet werden können. Wenn der Verteidiger des Angeklagten zur Begründung seiner entgegengesetzten Ansicht auf die Ausführungen bei

Balck, Domaniale Verhältnisse in Mecklenburg-Schwerin §§ 24 ff.,

sowie auf mehrere in der Revisionsbegründung aufgeführte Kammercirkulare, insbesondere auf das Cirkular vom 15. Dezember 1835,

Raabe, Gesetzsammlung I. S. 17,

bezug genommen hat, so rechtfertigen auch diese Citate die von ihm vertretene Auffassung nicht. Die Ausführungen von Balck a. a. O. beschäftigen sich nur mit der kollegialischen Verfassung der Amtsbehörden, ohne auf die hier zur Entscheidung stehende Frage irgendwie einzugehen, während die genannten Kammercirkulare sich lediglich auf den inneren Geschäftsbetrieb bei den Ämtern beziehen und für die von denselben an die vorgesetzten Behörden abzustattenden Berichte die Unterschriften sämtlicher Beamte vorschreiben.

---

12. Strafprozeßordnung § 402.

Normiert diese Bestimmung auch für den Fall, wenn in einer Privatklagesache durch rechtskräftiges Urteil das Verfahren eingestellt ist wegen Mangels des Strafantrags oder Unterlassung der durch § 422 der StPO. vorgeschriebenen Mitteilung der Klage zur Erklärung an den Beschuldigten, oder kann in solchem Falle die Klage ohne weiteres wieder erhoben werden?

Der Bahnwärter W. zu Pr. hatte gegen die Bahnwärterfrau G. daselbst eine Privatklage wegen Beleidigung erhoben. Es war das Hauptverfahren eröffnet worden, ohne daß der Beschuldigten vorher die Klage zur Erklärung mitgeteilt worden war, und wurde durch Urteil de 14. Juli 1887 das Verfahren eingestellt mit der Begründung, daß der Strafantrag als vorschriftsmäßig gestellt nicht anzusehen sei, weil die erhobene Privatklage der Beschuldigten zur Erklärung nicht mitgeteilt sei. Nach eingetretener Rechtskraft des Urteils erhob der Bahnwärter W. eine zweite Privatklage wegen derselben Beleidigung, und wurde von der Staatsanwaltschaft die Verfolgung übernommen; es wurde aber durch Beschluß der Strafkammer I. zu S. de 15. Oktober 1887 die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt aus folgenden Gründen:

„Durch den Eröffnungsbeschluß des Großherzogl. Amtsgerichts L. vom 22. Juni 1887 ist die Sache zur Entscheidung dem Schöffengerichte daselbst überwiesen. Dieser Akt ist, abgesehen von einigen hier nicht zutreffenden, teilweise auch bestrittenen Ausnahmen, unwiderruflich, zwingt einerseits das Schöffengericht zur Entscheidung und macht es andererseits jedenfalls während schwebender Sache unzulässig, wegen dieser Sache das Hauptverfahren auch noch vor einem andern Gericht und überall zum zweiten Male zu eröffnen (cfr. z. B. §§ 12, 415 der StPO.). Daß es versehentlich unterblieben, der Beschuldigten, resp. der Großherzogl. Staatsanwaltschaft die durch § 422 der StPO. vorgeschriebene Mitteilung der Privatklage zu machen, macht den Eröffnungsbeschluß nicht nichtig, noch mindert es seine oben angegebene Wirkung. Diese Sachlage wird auch nicht geändert durch das Urteil des Schöffengerichts vom 14. Juli 1887, jedenfalls nicht, so lange dieses nicht rechtskräftig geworden. Während dieser Zeit war der einzige Weg, die Sache zu verfolgen, die Einlegung des zutreffenden Rechtsmittels der Berufung, ganz gleichgültig, ob auf Freisprechung, Verurteilung oder nach § 259 Abs. 2 der StPO. auf Einstellung des Verfahrens erkannt war. Nachdem aber das Urteil rechtskräftig geworden, konnte dasselbe nur auf dem in §§ 399 ff. der StPO. geordneten Wege der Wiederaufnahme angefochten werden. Daß es auch jetzt unzulässig, das bisherige Verfahren einfach als nicht geschehen anzusehen und ein ganz neues Verfahren einzuleiten, folgt eben gerade aus der

Existenz der §§ 399 ff., welche ausnahmslos jedes „durch rechtskräftiges Urteil geschlossenes Verfahren" treffen und nicht etwa von dem Inhalt des Urteils ihre Anwendung abhängig machen. Diese in die Worte non bis in idem zusammengefaßte Regel ist denn auch vielfach in der Judikatur des Reichsgerichts anerkannt, so besonders auch für den Fall, wenn das rechtskräftige Urteil auf Einstellung des Verfahrens lautete, in dem in den Entscheidungen in Strafsachen Bd. XV. pag. 239/40 abgedruckten Urteil vom 20. Januar 1887. Dieser Ausführung entgegen wird nun behauptet, daß der Satz „non bis in idem" nicht anzuwenden sei für den Fall, wenn das Urteil es abgelehnt habe, eine sachliche Entscheidung zu geben, cfr. z. B. Glaser, Handbuch des Strafprozesses Bd. I. pag. 67. Es ist dies besonders wichtig für den Fall, wenn, wie nach den freilich unrichtigen Gründen des schöffengerichtlichen Urteils auch in dem hier zur Frage stehenden Fall geschehen, das Verfahren eingestellt ist wegen Mangel des Strafantrags und wenn dann dieser noch innerhalb der Antragsfrist nachgeholt wird. Es muß nun von vorneherein zugegeben werden, daß das Festhalten an dem formalen Satz, daß jedes rechtskräftige Urteil, auch ein Einstellungsurteil, nur das Verfahren nach Maßgabe der §§ 399 ff. der StPO. zulasse, zu der Konsequenz führt, daß einem Antragsberechtigten sein Recht genommen werden kann dadurch, daß eine öffentliche Anklage von der Ansicht aus, die strafbare That qualifiziere sich nicht als Antragsdelikt, erhoben, dann aber das Gericht in der Meinung, daß doch ein Antragsdelikt vorliege, auf Einstellung erkennt, solch' Urteil auch rechtskräftig wird, ehe vielleicht der Antragsberechtigte davon erfahren. Diese Konsequenz ist unbefriedigend, aber die StPO. giebt keinen Weg an, sie zu vermeiden, da sie weder, abgesehen von der in § 429 für den dort bezielten speziellen Fall gegebenen Vorschrift, eine Bestimmung enthält, welche die Zulässigkeit eines erneuerten Verfahrens wegen derselben Sache auch nur andeutet, wie solches z. B. Löwe, Kommentar zur StPO., 4. Aufl. pag. 395, und auch in den in der Rechtsprechung &c. Bd. III. pag. 350 und 479 abgedruckten Urteilen des Reichsgerichts als zulässig angenommen wird, noch aber auch die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens, abgesehen von den in den §§ 399 ff. hervorgehobenen Fällen, kennt. Beide Annahmen, sowohl die eines erneuerten Verfahrens, wie die der Wiederaufnahme über die Fälle der §§ 399 ff. hinaus, stellen sich als durch die Vorschriften der StPO. nicht angeordnete und damit unzulässige prozessuale Konstruktionen dar.

Sollte übrigens auch der in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. VII. pag. 359 approbierte Weg der Wiederaufnahme des Verfahrens bei Nachholung des Strafantrags eingeschlagen werden, so würde doch immer das zunächst im Wege der Privatklage beim Amtsgericht L. wiederaufgenommene Verfahren bei Annahme der Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. X. pag. 337, nochmals nach der jetzt geschehenen Übernahme durch die Staatsanwaltschaft vom Amtsgericht L. in Analogie des

§ 429 der StPO. erst eingestellt werden müssen, ehe das Hauptverfahren von dem zuständigen Landgerichte eröffnet werden könnte.

Auf sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft eröffnete der Strafsenat des Oberlandesgerichts durch Beschluß de 12. November 1887 — Ga. — das Hauptverfahren. Die Gründe lauten:

Denn auch wenn man davon ausgeht, daß die jetzt zur Frage stehende That dieselbe ist, wegen deren durch das rechtskräftige Urteil des Schöffengerichts zu L. vom 14. Juli d. J. in der Privatklagesache des Bahnmeisters W. gegen die Angeklagte auf Einstellung des Verfahrens erkannt ist, kann doch der Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens in dem angefochtenen Beschluß nicht zugestimmt werden. Die Einstellung des Verfahrens wegen fehlenden, bezw. ungenügenden Strafantrags, wie solche in dem beregten Urteil erfolgt ist, enthält eine Abweisung angebrachtermaßen, sie beseitigt nur das anhängige Verfahren. Nach eingetretener Rechtskraft ist zwar die Möglichkeit einer neuen Anklage auf Grund desselben Strafantrags ausgeschlossen, das Urteil steht aber, da es eine Entscheidung in der Sache nicht trifft, der Erhebung derselben auf Grund eines anderen Strafantrages nicht entgegen. Der § 402 der StPO., aus welchem folgt, daß die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens zu Ungunsten des Angeklagten nur bei dem Vorhandensein der Voraussetzungen sub 1—4 daselbst und nicht durch bloße Erneuerung der Anklage geschehen kann,

vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 7 S. 358 ff.,

ist trotz des allgemein gefaßten Wortlauts nicht auf diesen Fall, in welchem nur eine Zurückweisung der mangelhaften Klage stattfindet, zu beziehen, wie denn auch von dem angefochtenen Beschlusse in Gegensatz zu der gedachten Entscheidung des Reichsgerichts angenommen ist, daß die Nachbringung eines anderweitigen Strafantrags einen Grund zur Wiederaufnahme des Verfahrens nicht bildet. Wenn in der Entscheidung des Reichsgerichts gegen die Möglichkeit der bloßen Erneuerung der Strafklage noch geltend gemacht, es würde durch diese Zulassung der

Angeklagte beim Vorhandensein eines Urteils prozessualisch ungünstiger gestellt sein, als in dem Fall, wenn durch Beschluß die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt sei (§ 210 der StPO.), so erscheint auch dies nicht zutreffend, da in beiden Fällen, wenn nur die Mangelhaftigkeit des Strafantrags zu dem die Anklage zurückweisenden Beschlusse oder Urteil führte, die Nachbringung eines richtigen Strafantrags zur Eröffnung eines, bezw. eines neuen Hauptverfahrens ausreichend ist. — Kann sonach den Gründen, welche zur Ablehnung des Eröffnungsbeschlusses führten, nicht beigetreten werden, so war bei dem Vorhandensein ausreichender Verdachtsmomente, und da auch ein neuer, wie hinreichend wahrscheinlich gemacht ist, rechtzeitiger Strafantrag vorliegt, das Hauptverfahren zu eröffnen, ohne daß es einer Erörterung darüber bedarf, ob es im vorliegenden Fall, in welchem das Schöffengericht den Mangel des Strafantrags nicht in diesem selbst, sondern in dem nach Stellung desselben eingeschlagenen Verfahren fand, eines neuen Strafantrages bedurfte. Hervorgehoben mag jedoch noch werden, daß, wenn man annehmen wollte, daß das Schöffengericht in Wirklichkeit gar nicht wegen Mängel des Strafantrags, sondern wegen des eingeschlagenen unrichtigen Verfahrens die Einstellung ausgesprochen habe, auch hierin nur eine Abweisung angebrachtermaßen zu den vorstehend entwickelten Rechtsfolgen zu finden sein würde.

---

13. Gerichtsverfassungsgesetz § 159 Abs. 2.
Kann das ersuchte Gericht die nachgesuchte Beeidigung eines Zeugen wegen Verdachts der Teilnahme an der den Gegenstand der Vernehmung bildenden strafbaren Handlung ablehnen?

Über diese Frage spricht der Strafsenat des Oberlandesgerichts in der Begründung eines Beschlusses de 18. Januar 1888 — Me. — über eine auf Grund des § 160 des GVG. erhobene Beschwerde sich dahin aus:

Denn die Ablehnung dieses Ersuchens, welches dahin ging, den Zeugen C. gerichtlich zu vernehmen und, falls nicht bei seiner Vernehmung seine Teilnehmerschaft sich herausstellen sollte, denselben auf seine Aussage zu beeidigen, mit der Maßgabe, daß die Bereitwilligkeit zur unbeeidigten Vernehmung erklärt, die Beeidigung aber wegen Verdachts der Teilnahme an der den Gegenstand der Vernehmung bildenden strafbaren Handlung verweigert werde, ist eine begründete nicht. Wenn der § 159 des GVG. vorschreibt, daß das Ersuchen eines nicht im Instanzenzuge vorgesetzten Gerichts dann abzulehnen sei, wenn die vorzunehmende Handlung nach dem Rechte des ersuchten Gerichts verboten ist, so mag dem Amtsgerichte W. darin beizutreten sein, daß die Prüfung der Frage, ob die Handlung eine verbotene nach dem Rechte des ersuchten Gerichts sei, allerdings dem letzteren und nicht dem ersuchenden Gerichte obliege, dagegen geht im vorliegenden Falle das Amtsgericht W. von einer unrichtigen Interpretation des Wortes „verboten" aus. Nur dann ist die Ablehnung des Ersuchens statthaft, wenn die vorzunehmende Handlung nach dem Rechte des ersuchten Gerichts, welches im gegenwärtig zur Entscheidung stehenden Falle von demjenigen des ersuchenden Gerichts nicht abweicht, sondern ein einheitliches ist, eine (in abstracto) unter allen Umständen unzulässige ist; darüber aber, ob sie in concreto zulässig sei, d. h. ob im einzelnen Falle die gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Vornahme zutreffen, hat nur das ersuchende Gericht zu entscheiden.

Vgl. Löwe, Kommentar zum GVG. § 159 Nr. 3b (3. Aufl.),

Stenglein, Kommentar zur StPO. § 222 N. 8.

Daß die Beeidigung des Zeugen C. an sich keine verbotene Handlung ist, liegt auf der Hand, die Prüfung der Frage aber, ob der Teilnehmerschaft an der den Gegenstand der Vernehmung bildenden That verdächtig, und seine Abhörung deshalb uneidlich zu erfolgen habe, kann nach obigem nur dem beschließenden Gerichte zustehen, zumal die in Gemäßheit von § 222 der StPO. angeordnete kommissarische Vernehmung eines Zeugen dazu dienen soll, ein Surrogat für die mündliche Vernehmung

in der Hauptverhandlung zu schaffen, welche stets eidlich zu erfolgen hat, sofern die Beeidigung überhaupt zulässig ist. Erst wenn sich bei der Vernehmung selbst aus der Aussage des Zeugen sich ergebende Hindernisse der Beeidigung herausstellen, kann der ersuchte Richter die Beeidigung, über deren etwaige Nachholung dann das ersuchende Gericht zu beschließen hat, aussetzen. Diese Befugnis ist aber dem Amtsgericht W. von seiten des Beschwerdeführers gar nicht bestritten worden.

---

14. Welches Gericht ist zuständig zur Feststellung der der obsiegenden Partei in Privatklagesachen erwachsenen Kosten?

Beschluß des Strafsenats des Oberlandesgerichts de 23. März 1888.
Pu. — Gründe:

Der Privatkläger hat gegen den in erster Instanz freigesprochenen Angeklagten in zweiter Instanz ein obsiegliches rechtskräftig gewordenes Urteil erzielt, durch welches dem Angeklagten zugleich die Kosten des Verfahrens auferlegt wurden. Der in beiden Instanzen durch denselben Rechtsanwalt vertretene Privatkläger reichte durch diesen eine Kostenrechnung beim Großherzogl. Landgerichte zu S. ein, mit der Bitte, dieselbe festzustellen. Die Kostenrechnung enthält die gesamten dem Antragsteller in beiden Instanzen einschließlich des Sühne- und Vorverfahrens erwachsenen Auslagen, zu denen auch die Gebühren und Auslagen seines Rechtsanwalts gerechnet sind. Durch Beschluß vom 14. Februar d. J. setzte die I. Strafkammer des genannten Gerichts die Kosten für beide Instanzen fest, strich aber u. a. einen Ansatz von 6 Mark, welcher für die Anfertigung der Privatklage liquidiert war, mit der Motivierung, daß die Gebühr aus § 73 Abs. 2 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte nur eintrete, wenn die Gebühr aus § 67 nicht begründet sei, neben dieser aber nicht passieren könne. Die gegen den Beschluß vom Privat-

kläger rechtzeitig und rechtsförmlich eingelegte sofortige Beschwerde richtet sich gegen die Streichung dieser 6 Mark. Für die Vertretung desselben vor dem Schöffengerichte, vor welchem eine Beweisaufnahme stattgefunden hat, sind 18 Mark liquidiert, welche dem Anwalt in Gemäßheit von §§ 63 und 65 der Gebührenordnung zustehen, dagegen ist eine weitere Gebühr für eine Vertretung im Vorverfahren aus § 67 der Gebührenordnung neben den erwähnten 6 Mark weder liquidiert noch zugebilligt. Wenngleich nun die Ansicht des Beschwerdeführers, daß die Gebühr aus § 73 Abs. 2 durch die Zubilligung der Gebühr aus § 63 nicht ausgeschlossen und namentlich auch wegen des § 70 nicht unanwendbar werde, den Vorzug verdienen mag,

vgl. hierüber Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren, 2. Auflage § 67 Nr. 7—10 S. 114,

Walter, Gebührenordnung für Rechtsanwälte § 67 Nr. 3, § 73 Nr. 3,

Immler in Goldamer's Archiv für Strafrecht Bd. 33 S. 180 unter 5,

das Instanzgericht möglicherweise zur Streichung der 6 Mark auch nur in der irrtümlichen Annahme gelangt ist, daß in den für die Vertretung vor dem Schöffengerichte liquidierten 18 Mark eine Gebühr für die Vertretung im Vorverfahren aus § 67 mitenthalten sein solle, so war doch über diese Frage von hieraus keine Entscheidung zu treffen, weil die Strafkammer ihre Zuständigkeit, in Privatklagesachen die einer Partei erwachsenen Auslagen festsetzen zu können, ohne daß solche Entscheidung im Wege der Beschwerde eingeholt ist, mit Unrecht angenommen hat, und es demnach in Gemäßheit des auf die Beschwerdeinstanz zwar ausdrücklich nicht ausgedehnten, aber analog anzuwendenden § 369 Abs. 3 der StPO. vorliegendenfalls geboten erschien, den gedachten Beschluß aufzuheben und die Sache an das zuständige Amtsgericht zu verweisen.

Wie die im Privatklageverfahren obsiegende Partei ihre Auslagen festsetzen und beitreiben zu lassen hat, darüber fehlt es in der StPO. allerdings an ausdrücklichen Bestimmungen. Denn der § 503 regelt bloß die Pflicht und den Umfang der

Kostenerstattung und der § 496 Abs. 2 bestimmt nur, daß, wenn über die Höhe der Kosten und die Notwendigkeit der unter ihnen begriffenen Auslagen Streit entsteht, besondere Entscheidung zu erfolgen hat, ist also unanwendbar, wenn die Gegenpartei auf die ihr mitgeteilte Kostenrechnung gar keine Erklärung abgiebt oder wenn sie dieselbe zwar anerkennt, aber nicht bezahlt. Es ist hier offenbar eine Lücke in der Gesetzgebung vorhanden, welche auszufüllen bis auf anderweite gesetzliche Regelung die Praxis berufen ist. Dieselbe hat sich in den verschiedenen Bundesstaaten verschieden geholfen,

vgl. darüber Domsch im Gerichtssaal Bd. 39 S. 203 ff.,

und auch in Mecklenburg ist dieselbe bisher eine einheitliche nicht gewesen, indem die Auslagen im Privatklageverfahren teils für jede Instanz bei dieser besonders, teils vom Amtsgericht für alle Instanzen und teils, wie die vorliegende Strafsache ausweist, vom Berufungsgericht für die Vorinstanz mit festgesetzt sind. Es erscheint aber im Interesse einer geordneten Rechtspflege dringend wünschenswert, in dieser Beziehung eine konstante und übereinstimmende Praxis herbeizuführen, und ist der Gerichtshof in Übereinstimmung mit der Ansicht von Immler a. a. O. S. 177 ff. und von Willenbücher a. a. O. S. 49 derjenigen Praxis beigetreten, welche von Walter a. a. O. S. 226 unter 2 als die herrschende bezeichnet wird, und welche dahin geht, ein Kostenfestsetzungsverfahren konform dem Verfahren im Civilprozesse für zulässig zu erachten, ohne daß dadurch die Vorschriften der StPO. über die Zulässigkeit und Einlegung der Beschwerde tangiert werden. Für die Befolgung dieser Praxis spricht einmal der Umstand, daß das Privatklageverfahren wenigstens seiner äußeren Form nach eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Civilprozeßverfahren hat, sowie, daß gerade im Kostenwesen gewisse für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten geltende Bestimmungen auch für das Privatklageverfahren eingeführt sind,

vgl. § 419, § 503 Abs. 5 der StPO.,

und zum andern empfiehlt sich dieselbe auch aus Gründen der Zweckmäßigkeit und der Ersparnis von Kosten für die unterliegende Partei. Denn das Gericht erster Instanz, an welches

die Akten nach Beendigung der weiter beschrittenen Instanzen zurückgelangen, ist an der Hand der Manualakten regelmäßig in der Lage, ohne Einforderung weiterer Akten die Kosten festzusetzen, weil sich in den Hauptakten alle in den weiteren Instanzen erwachsenen Akten befinden, während wenn die Auslagen in jeder Instanz besonders liquidiert und festgesetzt würden, die höheren Instanzen erst die Einforderung der Akten verfügen müßten. Und nicht minder würden nicht allein hierdurch, sondern auch durch die infolge gesonderter Feststellungen begründeten Gebühren, resp. Auslagen für die Anträge, Beschlüsse, Zustellungen u. s. w. die Kosten unnötig vermehrt werden. Die Feststellung dem Berufungsgericht zu übertragen, verbieten zwar Zweckmäßigkeitsgründe nicht, will man aber die entsprechenden Bestimmungen der CPO. anwenden, so folgt daraus die Unzulässigkeit eines derartigen Verfahrens von selbst, und im entgegengesetzten Falle sind wenigstens zu Gunsten eines solchen aus der StPO. keinerlei Anhaltspunkte zu entnehmen.

Abhandlungen.

Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches und das Strafrecht.*)

Von Professor Dr. Birkmeyer in München.

Nach einer angestrengten Arbeit von beinahe 14 Jahren, an welcher die hervorragendsten Praktiker und Theoretiker Deutschlands beteiligt waren, liegt nun fertig vor uns der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für ganz Deutschland, ein Werk, schwieriger denn alle die, welche bis jetzt zur Herstellung der Rechtseinheit geschaffen worden, ein Werk, mit welchem wir die letztere auch auf anderen von der Reichsgesetzgebung schon ergriffenen Gebieten erst wirklich und voll besitzen werden.

In richtiger Würdigung der eminenten Wichtigkeit gerade dieses Gesetzwerkes schickt man sich auch allenthalben in Deutschland bereits an, den fertigen Entwurf mit den Bedürfnissen des Rechtslebens, die er befriedigen, mit dem bisher geltenden Recht, das er ersetzen, mit den Anforderungen der Wissenschaft, die er erfüllen soll, zu vergleichen und so jene kritische Prüfung zu vollziehen, die dem Entwurf auf seinen weiteren Wegen durch die Beratungen der Gesetzgebungsfaktoren hindurch zu statten kommen soll. Die Regierungen der einzelnen Bundesstaaten setzen Kommissionen nieder, um die Interessen des Landesrechtes

*) Vortrag, gehalten im akademisch-juristischen Verein in München am 2. Mai 1888; hier erweitert und mit Anmerkungen versehen.

zu wahren; die von dem Gesetzbuch hauptsächlich berührten Gruppen von Berufsgenossen in ganz Deutschland thun sich zur Beratung der sie betreffenden Bestimmungen zusammen; die Universitäten beginnen, Vorlesungen über den Entwurf anzukündigen, und eine Anzahl ausgezeichneter Theoretiker und Praktiker hat uns bereits Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs verheißen.[1])

So schien es mir denn angezeigt, jetzt schon, wie schwierig diese Aufgabe beim Fehlen des größeren Teiles der Motive auch zur Zeit noch ist,[2]) auch an dieser Stätte, wo jeder Fortschritt der Wissenschaft und der Gesetzgebung mit so hohem Interesse verfolgt wird, in die Besprechung des Entwurfes einzutreten. Und zwar will ich mich mit ihm beschäftigen in der Richtung, die mir meinem Wirkungskreise nach am nächsten liegt: in seiner Berührung mit dem Strafrecht.

Die Berührungspunkte des bürgerlichen Rechts mit dem Strafrecht sind außerordentlich zahlreich. Nur in großen Zügen können sie hier besprochen, die ganze Fülle des Details aber nur angedeutet werden. Sie läßt sich vielleicht nicht unpassend unter die nachstehenden drei Gesichtspunkte einstellen:

I. Civilrecht und Strafrecht haben gemeinsam das Gebiet der „unerlaubten Handlung". Keine „strafbare Handlung" ohne Normwidrigkeit, nullum crimen sine delicto, jede strafbare Handlung muß zugleich auch eine unerlaubte Handlung sein.

Allerdings nicht notwendig eine civilrechtlich unerlaubte; möglicherweise auch eine vom öffentlichen Recht verbotene, wie etwa hochverräterische Unternehmungen. Aber soweit die strafbare Handlung eine civilrechtlich unerlaubte ist,

---

[1]) Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Unter Mitwirkung von &c. herausgegeben von J. J. Bekker in Heidelberg und O. Fischer in Greifswald. Berlin, J. Guttentag (D. Collin).

[2]) Als vorliegender Vortrag ausgearbeitet wurde, stand dem Verfasser nur der I. Band der Motive, umfassend die §§ 1—205 des Entwurfs, zur Verfügung.

erhebt sich die Frage, in welcher Weise das Civilrecht seiner Mißbilligung Ausdruck giebt, m. a. W. welches die civilrechtlichen Folgen solcher strafbarer Handlungen sind?

Umgekehrt braucht nicht jede civilrechtlich unerlaubte Handlung zugleich eine strafbare zu sein.

Möglich, daß eine Normwidrigkeit nur civilrechtliche Folgen nach sich zieht. Und damit stehen wir vor der Frage: inwieweit ist dies der Fall? wo ist die Grenze zwischen strafbarem und nicht strafbarem Unrecht?

II. Eine zweite Reihe von Berührungspunkten mit dem Strafrecht eröffnet die civilrechtlich erlaubte Handlung. Zum Thatbestand eines jeden Verbrechens gehört die Widerrechtlichkeit der Handlung. Sofort fehlt es an diesem Requisit, wenn das Civilrecht[3]) diese Handlung für erlaubt erklärt. Was civilrechtlich erlaubt ist, kann nicht strafrechtlich verboten sein. Jede civilrechtliche Befugnis also zu einer an sich strafbaren Handlung zerstört den Thatbestand des Verbrechens.

Nicht wiederum gilt umgekehrt, daß, was ohne Strafe ausgeht, auch civilrechtlich erlaubt sein müßte. Die an sich strafbare Handlung kann auch dann, wenn sie aus irgend welchem Grunde in concreto nicht gestraft wird, wie etwa die Nothstandshandlung, doch noch die civilrechtlichen Folgen einer unerlaubten Handlung nach sich ziehen.[4])

---

[3]) Oder aber wiederum ein anderer Teil der Rechtsordnung. Man denke z. B. an den § 17 des Reichspostgesetzes: „In besonderen Fällen, in denen die gewöhnlichen Postwege gar nicht oder schwer zu passieren sind, können die ordentlichen Posten, die Extraposten, Kourriere und Estafetten sich der Neben- und Feldwege, sowie der ungehegten Wiesen und Äcker bedienen, unbeschadet jedoch des Rechtes der Eigentümer auf Schadenersatz"; oder an den § 9 der Strandungsordnung: „Während der Seenot ist der Strandvogt befugt, zur Rettung von Menschenleben die erforderlichen Fahrzeuge und Gerätschaften, sowie jeden außerhalb der öffentlichen Wege zum Strande führenden Zugänge auch ohne Einwilligung der Verfügungsberechtigten in Anspruch zu nehmen. Der hieraus entstehende wirkliche Schaden ist zu vergüten."

[4]) Durch die Befugnisse, wie sie die in der vorigen Note citierten Ge-

III. Ein drittes weites Gebiet von Berührungspunkten zwischen Civil- und Strafrecht eröffnet sich uns, wenn wir an die ungezählten einzelnen Begriffe denken, welche gleichlautend in civilrechtlichen wie in strafrechtlichen Thatbeständen wiederkehren. Sie können Begriffe der allgemeinen Rechtslehre sein, wie Handlung, Ursache und Erfolg, Schuld, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Irrtum u. a. Dann muß ihre Begriffsbestimmung von vornherein für beide Rechtsdisciplinen die gleiche sein, und der Entwurf ist, soweit er uns belehrt, wie diese Begriffe von der Reichsgesetzgebung aufgefaßt werden, zugleich für das Reichsstrafrecht von hoher Bedeutung. Es können aber auch Begriffe sein, die von Haus aus wesentlich dem Civilrecht angehören, wie Minderjährigkeit, Verwandtschaft, Vermögen, vermögensrechtlicher Schaden, eigene und fremde Sache, Besitz, Forderung u. a. m. Und da fragt es sich dann, ob die civilrechtliche Begriffsbestimmung solcher Begriffe auch für das Strafrecht maßgebend sei und ob und wie also durch die Bestimmungen des Entwurfs die Satzungen des Strafrechts substantiiert werden?

In diesen drei Richtungen sei es mir nun vergönnt, Einiges über die Zusammenhänge des Entwurfs mit dem Strafrecht hervorzuheben.

ad I.

Es kann hier nicht meine Aufgabe sein, die in abstracto wohl überhaupt unlösbare Frage eingehender zu traktieren, wo die Grenze zwischen dem Civil- und dem Kriminalunrecht liegen müsse. Ich kann nur auf Dies oder Jenes hinweisen, was die positivrechtliche Abgrenzung der beiden Gebiete durch den Entwurf betrifft.

1. Was zunächst den Begriff des Civilunrechtes anlangt, so ersehen wir aus dem Entwurf, daß er prinzipiell ebensowenig wie das Strafrecht ein schuldloses Unrecht kennt. Der That-

setze erteilen, entfällt die sonst begründete Strafbarkeit aus § 368 Z. 9, § 240, § 123 StGB. Daß trotzdem die Pflicht zum Schadenersatz bestehen bleibt, wird von den abgedruckten Gesetzesbestimmungen ausdrücklich betont.

bestand des delictum enthält wie der des crimen nicht blos objektive Widerrechtlichkeit, sondern auch subjektive Schuld, und zwar wie im Strafrecht entweder dolus oder culpa. Dies zeigen uns die §§ 704 ff., wo die allgemeinen Vorschriften über die „Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen" sich finden. Eine widerrechtliche Handlung ist darnach an sich noch kein delictum, sondern wird es nach § 704 erst durch die hinzutretende Schuld. Erst mit ihr liegt dann eine „unerlaubte Handlung" vor, wie der technische Ausdruck des Entwurfs für das civile Unrecht lautet.[5])

Aus dem für Civil- und Strafrecht künftig gemeinsamen Prinzip: jedes Unrecht, für welches wir seinen Urheber verantwortlich machen wollen, muß zugleich subjektives und objektives Unrecht sein, ergeben sich sofort eine Reihe von Einzelsätzen im Entwurf, welche interessante Übereinstimmung mit Strafrechtsgrundsätzen darbieten. Ich hebe die folgenden drei hervor:

> Die Einwilligung des Verletzten schließt die civilrechtliche Verantwortlichkeit des Verletzenden nach § 706 des Entwurfes aus,[6]) wie sie nach richtiger Ansicht auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit aufhebt — ein Satz, der allerdings für das Strafrecht hinsichtlich der Körperverletzung auf das heftigste bestritten, hinsichtlich der Tötung durch den § 216 RStGB. positiv durchbrochen ist.
>
> Eine widerrechtliche Handlung begangen im Zustand

---

[5]) „Unerlaubte Handlung", ein Ausdruck, der z. B. in § 935 direkt als dem strafrechtlichen Ausdruck „strafbare Handlung" korrespondierend gebraucht wird, dürfte übrigens, sowenig letzterer für das Kriminalunrecht, sowenig seinerseits für das Civilunrecht völlig bezeichnend sein. Denn unerlaubte Handlung bedeutet an sich nichts weiter als verbotene Handlung, drückt also nur das objektiv widerrechtliche aus, wie denn z. B. in § 705 die widerrechtliche und die erlaubte Handlung als Gegensätze figurieren. Ganz genau könnte das Wesen des Civilunrechts nur durch einen Doppel-Ausdruck, wie schuldhafte Widerrechtlichkeit oder schuldhafte Rechtsverletzung, bezeichnet werden. Auf keinen Fall ausreichend ist die Bezeichnung als „widerrechtliche Handlung" bei Windscheid, Pand. II. § 455 nach N. 10.

[6]) Vgl. auch die §§ 876, 901, 902 E.



der Vernunftlosigkeit oder im Kindesalter[7]) macht, da es an jeder Schuld fehlt,[8]) so wenig civilrechtlich, wie strafrechtlich verantwortlich;[9]) eine widerrechtliche Handlung aber begangen nach zurückgelegtem Kindesalter jedoch vor zurückgelegtem 18. Lebensjahr macht, ganz im Einklang mit dem Strafrecht, nur dann verantwortlich, wenn der Thäter bei Begehung der Handlung die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besaß, vgl. §§ 708, 709 Entw. mit §§ 51, 55, 56 RStGB.

Entschuldbarer Irrtum über die Widerrechtlichkeit resp. Rechtmäßigkeit der begangenen unerlaubten Handlung befreit von der Verantwortlichkeit für dieselbe, weil er den Begriff der Schuld zerstört: § 707 mit § 146 E. vergl. mit § 59 RStGB.[10])

---

[7]) Dasselbe dauert auch für unser künftiges Civilrecht bis zum zurückgelegten siebenten Lebensjahre: E. § 25.

[8]) Der Entwurf steht, wie der § 64 beweisen dürfte, auf dem allein richtigen Standpunkte, daß es im ersten Lebensalter ebenso wie bei den der Vernunft beraubten Personen an der juristischen Zurechnungsfähigkeit gebricht; vgl. auch Motive S. 129 vv.: „Personen, welche im Kindesalter stehen, ... geht der Regel nach (?) die erforderliche Willenskraft und jedenfalls das erforderliche Erkenntnisvermögen ab. Aus dem gleichen Grunde geschäftsunfähig sind Personen, welche des Vernunftgebrauches beraubt sind.“ Dann aber dürfte auch für das Strafrecht die vom Reichsgericht (Urteil des II. Str.-S. v. 6. VI. 1882 R. IV. 531 = E. VI. 336) vertretene Auslegung des § 55 RStGB., daß Kinder an sich verbrechensfähig und nur aus strafpolitischen Gründen nicht verfolgbar seien, aufzugeben sein.

[9]) Eine Abweichung vom Strafrecht (StGB. § 51) enthält der § 708 E. insoferne, als er den Trunkenen für den von ihm verursachten Schaden haften läßt, „wenn der Vernunftgebrauch durch selbstverschuldete Betrunkenheit ausgeschlossen war.“ Eine solche Bestimmung ist für das Civilrecht, soll nicht Ungerechtigkeit entstehen, unentbehrlich. Eine analoge Bestimmung dagegen für das Strafrecht, wie sie im Entwurf des Deutschen Trunkenheitsgesetzes von 1881 vorgesehen war, ist entschieden zu reprobieren. Vgl. Binding, Normen II. N. 263.

[10]) Ich glaube, daß die im Text citierten §§ des Entwurfes direkt verwertet werden können zur Stütze der im Text angedeuteten, von mir in der Kritischen Vierteljahrsschrift N. F. Bd. X. S. 596 ff. eingehend verteidigten, Auslegung des § 59 StGB.

Durch diese und noch manche andere Sätze[11]) des Entwurfs ist eine höchst erfreuliche Übereinstimmung des Civil- und des Strafrechts in prinzipiellen Fragen geschaffen, und mit Recht betonen die Motive auf S. 349 den hohen Gewinn, welchen dies für beide Rechtsdisciplinen bietet.

Die Übereinstimmung mit dem Strafrecht geht sogar so weit, daß der Entwurf einen Satz sanktioniert, der das Prinzip: keine Verantwortlichkeit ohne Schuld, wieder preisgiebt. Wie nämlich das Strafrecht bei einer Anzahl von Verbrechen den Thäter für den schweren Erfolg seiner vorsätzlichen oder fahrlässigen Handlung straft, auch wenn ihm dieser Erfolg weder zu dolus noch zu culpa imputiert werden kann,[12]) so finden wir im § 704 Abs. 2 des E. die ganz adäquate Bestimmung:

> „Hat Jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines Anderen verletzt, so ist er den durch die Rechtsverletzung dem Anderen verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, auch wenn die Entstehung eines Schadens nicht vorauszusehen war."[13])

---

[11]) Vgl. das unten sub II. 1. a über die Notwehr Ausgeführte. Vgl. auch §§ 726, 714 Satz 2, 704 Abs. 2 E. mit § 227 Abs. 2 StGB.; §§ 1249 Abs. 2, 1917 Z. 2 E. mit § 34 Z. 5 StGB. u. s. w.

[12]) Ich meine die §§ 118, 178, 206, 220, 221, 224, 226, 227, 229, 239, 251, 307 Z. 1, 312, 315, 321 Abs. 2, 322, 323, 324, 327, 328 — 309, 314, 316, 326 RStGB.; § 4 des Rinderpestgesetzes vom 21. V. 1878; §§ 12, 13, 14 des Nahrungsmittelgesetzes vom 14. V. 1879; § 5 des Sprengstoffgesetzes vom 9. VI. 1884. Vgl. den Nachweis, daß es sich hier überall um eine Strafe ohne Schuld handelt, in meinem Ursachenbegriff (1885) N. 81. Wenn Hälschner im Ger. Saal XXXVIII. S. 169 ff. und im engen Anschluß an ihn Scheiff, Das Dynamitgesetz (1886) S. 50 ff., zwar zugeben, daß die oben aufgestellte Behauptung bezüglich des Sprengstoffgesetzes richtig sei, aber ihrerseits behaupten, daß es sich hier eben um eine singuläre Ausnahme handle, und in den übrigen Fällen mindestens culpa bezüglich des schweren Erfolges vorliegen müsse, so habe ich mich von der Richtigkeit dieser Ansicht und von der Unrichtigkeit meiner für die entgegengesetzte Ansicht beigebrachten Gründe — die übrigens Hälschner und Scheiff unbekannt geblieben sind — in keiner Weise überzeugen können.

[13]) Der § 704 E. unterscheidet in Abs. 1 und in Abs. 2 die beiden

Ich brauche kaum zu bemerken, daß dieser Satz, so bedenklich ja verwerflich er als eine Sanktionierung von Strafe ohne Schuld für das Strafrecht ist, auf dem Gebiete des Civilrechts ein Gebot der Gerechtigkeit erfüllt.[14])

2. Von den einzelnen unerlaubten Handlungen des Civilrechts greife ich nur eine heraus, wo die Abgrenzung der civil- und der strafrechtlichen Folgen von ganz besonderem Interesse ist: ich meine die unerlaubte Eigenmacht.

Die Eigenmacht, d. h. nach der Definition des § 814 E. die Entziehung oder Störung der Inhabung einer Sache ohne den Willen des Inhabers, ist nach diesem Paragraphen schlechthin verboten, soweit nicht das Gesetz selbst für besondere Fälle ein Anderes bestimmt.

Die Fälle, wo Eigenmacht ausnahmsweise gestattet ist, werden wir nachher, bei Besprechung des Einflusses der erlaubten

---

Fälle, daß dolo oder culpa „Jemand einem Andern einen Schaden zugefügt hat", und „Jemand das Recht eines Andern verletzt hat" so, daß dadurch dem Andern ein Schaden verursacht wurde. Ersterenfalls ist er schadenersatzpflichtig nur, wenn er die Entstehung des Schadens vorausgesehen hat oder voraussehen mußte, während der Umfang des Schadens nicht voraussehbar gewesen sein muß (also insofern „Kausalitätsprinzip", wogegen Lehmann, Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter [1884] S. 24 ff.). Letzterenfalls ist er ohne Weiteres schadenersatzpflichtig, auch wenn nicht einmal die Entstehung eines Schadens vorauszusehen war. Es scheint, als ob dadurch die Fälle der unmittelbaren Sachbeschädigung und der Vermögensschädigung durch Verletzung subjektiver Rechte unterschieden werden sollten. Der Ausdruck dieses Gedankens wäre dann nicht glücklich. Auch bei der unmittelbaren Sachbeschädigung wird ja stets „das Recht eines Anderen verletzt". Und andererseits ist es fraglich, ob, wie der § 704 a. E. vorschreibt, wirklich auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre als Verletzung eines subjektiven Rechtes angesehen werden kann; wir Kriminalisten wenigstens haben uns daran gewöhnt, hier vielmehr von Verletzung von Rechtsgütern zu sprechen, und gegen die Gleichsetzung von „subjektives Recht" und „Rechtsgut" vgl. v. Liszt in seiner Zeitschrift VIII. S. 136. Wie vereint es sich schließlich mit § 704 Abs. 2, daß in § 725 der § 704 Abs. 1 in Bezug genommen wird?

[14]) Einzel-Anwendungen der Regel des § 704 Abs. 2 finden sich in §§ 722 Abs. 2, 723 Abs. 2, 727, 734, 736.



Handlung auf das Strafrecht, kennen lernen;[15]) es sind lauter Fälle, wo die Eigenmacht geübt wird zum Zweck der Selbsthilfe.

In den §§ 815—825 E. sind nun die privatrechtlichen Folgen der verbotenen Eigenmacht eingehend geregelt. Diese Bestimmungen haben für das Strafrecht nach verschiedenen Seiten hin hohe Bedeutung.[16])

Zunächst wird, wenn sie Gesetz werden, hinfort nicht mehr bestritten werden können, daß derjenige, welcher das Verbrechen des Diebstahls begeht, zwei Normen zu gleicher Zeit übertritt.[17]) Er verfehlt sich dadurch, daß er eine Sache dem Inhaber ohne dessen Willen wegnimmt, gegen die Norm des § 814 E., welche das als Eigenmacht verbietet. Er verfehlt sich aber zugleich, indem er die Sache wegnimmt, um sie sich rechtswidrig zuzueignen, gegen die Norm, welche uns verbietet, uns fremdes Eigentum ohne den Willen des Berechtigten anzueignen, eine Norm, welche insbesondere in den §§ 848, 901, 902 E. Ausdruck gefunden hat.

Ist das Gesagte aber richtig, so ergeben sich sofort folgende Sätze für das Strafrecht:

Durch einen Diebstahl werden unmittelbar verletzt stets der Inhaber und der Eigentümer nebeneinander.[18])

Beide sind also, sofern sie zum Dieb in einem der im § 247 StGB. bezeichneten Verhältnisse stehen — wenn etwa der Eigentümer der Vater des Diebes, der Inhaber sein Bruder ist —, antragsberechtigt. Schon der Antrag des einen von beiden genügt, um den Diebstahl strafbar und verfolgbar zu machen.

Schon die Einwilligung hinwiederum des Einen oder des Anderen reicht hin, um einen Diebstahl als überhaupt

---

[15]) S. unten ad II. sub 2.

[16]) S. auch noch unten ad II. sub 1. a.

[17]) So schon völlig richtig Binding, Normen I. (1872) S. 115, 116, der dann II. (1877) S. 479, 550 ff. zutreffend die Konsequenz zieht, daß auch der Vorsatz beim Diebstahl ein Doppelvorsatz ist.

[18]) Vgl. die verschiedenen Meinungen in Theorie und Praxis bei Olshausen, Kommentar zum StGB. 2. Aufl., zu § 247 sub 3 a.

nicht gegeben erscheinen zu lassen.[19]) Denn die Einwilligung des Inhabers in die Wegnahme beseitigt die Normwidrigkeit der Wegnahme,[20]) die Einwilligung des Eigentümers in die Aneignung die Absicht der rechtswidrigen Zueignung;[21]) in jedem der beiden Fälle fehlt es sonach an einem Thatbestandsmerkmal des Diebstahls.

Die Bestimmungen des Entwurfs über die verbotene Eigenmacht sind aber auch sonst von großem strafrechtlichen Interesse: sie sind geeignet, die zur Zeit noch immer bestrittene Frage, ob die Privatstrafen der Eigenmacht im heutigen Recht noch bestehen oder nicht,[22]) für immer zu beseitigen.

Es ist bekannt, daß die herrschende Meinung[23]) diese Frage auf Grund des § 2 des EG. zum StGB. verneinen zu können glaubt.[24])

---

[19]) Vgl. Olshausen zu § 242 sub 22 und 32.

[20]) Vgl. § 706 mit §§ 803, 814 E.

[21]) Vgl. § 706 mit §§ 901, 902 E.

[22]) Das Fortbestehen derselben für das geltende Recht behaupten z. B. noch von den Civilisten Brinz, Pandekten, 2. Aufl. I. S. 268, und Eccius, Art. „Decretum Divi Marci“ in v. Holtzendorff's Rechtslexikon, 3. Aufl. (1880), von den Kriminalisten Oppenhoff, Kommentar (4. Ausg. 1874), zu § 2 EG. zum StGB. sub 16 und wie es scheint auch Adolf Merkel, indem er sich in seinem Artikel „Selbsthilfe“ im Rechtslexikon hinsichtlich der Frage der heutigen Anwendbarkeit des Decretum Divi Marci auf den Artikel hierüber von Eccius bezieht.

[23]) Vgl. z. B. von Civilisten Windscheid, Pand., 4. Aufl. § 123 S. 359, 5. Aufl. § 123 N. 4a S. 365, Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 1. Aufl. (1878) S. 183, 184, 3. Aufl. (1885) S. 231, Bruns in v. Holtzendorff's Encyklopädie, 2. Aufl. S. 347 3. Aufl. 370; von den Kriminalisten Heinze, Reichs- und Landesstrafrecht (1871) S. 36, 37, v. Liszt, Lehrb., 2. Aufl. § 18 zu N. 9 und 10, Olshausen, Kommentar zu § 2 EG. zum StGB. sub 6 b.

[24]) Andere Gesichtspunkte zur Entscheidung der Frage s. z. B. bei Thon, Rechtsnorm S. 33 ff., welcher den Fortbestand der Privatstrafen behauptet, weil das RStGB. von vornherein nur die öffentlichen Strafen, aber nicht die dem Civilrecht angehörigen Privatstrafen ordnen wollte; und bei H. Meyer, Lehrbuch, 3. Aufl. § 50 sub 6, der den Fortbestand leugnet, weil die Privatstrafen nicht zu den nach § 6 EG. zum StGB. künftig allein zulässigen des RStGB. gehören.

Man geht davon aus, daß die Eigenmacht eine Materie sei, welche Gegenstand des RStGB. im Sinne des § 2 cit. geworden sei; daß zu dem Landesstrafrecht, dessen Verhältnis zum Reichsstrafrecht der § 2 regeln will, auch die Privatstrafen gehören; und kommt so zu dem Schlusse, daß die Privatstrafen der Eigenmacht mit dem Tage des In-Kraft-Tretens des RStGB. aufgehört hätten zu existieren. Auch das Deutsche Reichsgericht hat sich dieser communis opinio angeschlossen.[25])

Allein ihre Argumentation ruht auf unrichtiger Prämisse. Die Eigenmacht ist nicht als Materie Gegenstand des RStGB. geworden, sondern nur einzelne in diese Materie einschlagende Handlungen wurden bei Gelegenheit der Regelung anderer Materien: des Diebstahls, des Raubes, des Hausfriedensbruches, der Nötigung, der Entziehung aus der Verstrickung u. s. w., vom RStGB. mit berührt.[26]) Der von der herrschenden Meinung zur Lösung unsrer Frage eingeschlagene Weg würde also, wenn man die Ausgangspunkte richtig stellt, vielmehr zu dem Resultate führen, daß die Privatstrafen der Eigenmacht heute noch fortbestehen.

Auf alle Fälle aber werden sie, wenn unser Entwurf zum Gesetze wird, beseitigt sein. Denn in den §§ 815 ff., wo die privatrechtlichen Folgen der Eigenmacht statuiert sind,[27]) suchen

---

[25]) In dem Urteil des III. C.-S. vom 22. Februar 1884 E. XI. 239. Dagegen gehört das Urteil des II. Str.-S. vom 3. Oktober 1882 E. VII. 63, welches Olshausen lc. citiert, nicht hierher, da es aus dem Mangel einer Strafvorschrift über Eigenmacht im StGB. lediglich den Wegfall der bisherigen öffentlichen Strafen der Eigenmacht folgert: vgl. Thon a. a. O. S. 34 N. 81.

[26]) Windscheid a. a. O. nennt die §§ 113, 114, 123, 124, 137, 201, 240, 249, 303 RStGB. als diejenigen, durch welche die Materie der Eigenmacht erschöpft werden sollte. Allein s. dagegen: Thon a. a. O. N. 81; Oppenhoff a. a. O.

[27]) Es werden uns als solche genannt: das Recht zu gewaltsamer Selbsthilfe § 815: s. unten sub II. 2; Fehlerhaftigkeit der durch Eigenmacht erlangten Inhabung § 818; Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung § 819 resp. auf Wiederaufhebung der Störung und Unterlassung weiterer Störungen § 820.



wir die früheren Privatstrafen vergeblich. Und die Motive[28]) sagen uns denn auch bei Begründung einer anderen Lehre, von der wir gleich nachher sprechen wollen, daß man es bei dem Stande des heutigen Strafrechts für unthunlich erachtet habe, die Privatstrafen des römischen Rechts überhaupt wieder aufzunehmen.

3. Wenden wir uns nun zu der Frage, welches die civilrechtlichen Folgen strafbarer Handlungen überhaupt nach dem Entwurf seien, so ist natürlich

a. die hauptsächlichste Folge die, daß, wenn das Verbrechen in die Vermögenssphäre eines Anderen eingreift, der Verbrecher zum Schadenersatz verpflichtet ist. Die allgemeine Regel über diese Schadenersatzpflicht statuiert § 704 des Entwurfs.[29])

Diese allgemeine Regel aber wird dann in den §§ 722 bis 736 des Entwurfs für eine Reihe unerlaubter Handlungen teils angewendet, teils erweitert. Das Strafrecht wird durch diese Bestimmungen berührt in der Lehre von der Tötung, der Körperverletzung, der Freiheitsberaubung, den Beamtendelikten und von einzelnen Polizeiübertretungen, wie insbesondere den Materien des positum et suspensum und des effusum et dejectum.[30])

Hier nur Einiges über die Schadenersatzbestimmungen bei Tötungen und Körperverletzungen.

Die §§ 722—725 statuieren eine Schadenersatzpflicht für Jeden, der aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit einen Anderen durch irgend eine widerrechtliche Handlung tötet. Es sind also diese Bestimmungen nicht beschränkt auf die Tötung der §§ 211 ff. des StGB., sondern sie beziehen sich auf jedwede durch widerrechtliche Handlung bewirkte Verursachung des Todes eines Anderen, sofern nur dem Handelnden sowohl seine Thätigkeit, als

---

[28]) Auf S. 353.

[29]) Vgl. oben N. 13.

[30]) Außerdem noch in den §§ 366 Z. 5, 367 Z. 11, 13, 15 RStGB. Bezüglich des positum et suspensum dürfte noch eine kleine kaum beabsichtigte Divergenz des Ausdrucks zu beseitigen sein. Das StGB. sagt in § 366 Z. 8 „wer Sachen aufstellt oder aufhängt", der E. in § 733 „wenn eine Sache ausgestellt oder ausgehängt ist".

der Erfolg des Todes zu dolus oder culpa zugerechnet werden kann. Unter dieser Voraussetzung gehören also z. B. auch hieher die Körperverletzung mit nachgefolgtem Tod; die Tötung Jemandes im Zweikampf; die Verursachung des Todes durch gewaltsame unzüchtige Handlungen oder durch Schändung; die Herbeiführung des Todes durch Freiheitsentziehung u. dgl. m.[31])

Die Verpflichtung aber zum Schadenersatz erstreckt sich auf jeden durch die Tötung entstandenen vermögensrechtlichen Schaden (§ 725), auch wenn die Entstehung desselben nicht vorauszusehen war (§ 704 Abs. 2); und nur besonders hervorgehoben werden in §§ 722 ff.:

Ersatz der Kosten der versuchten Heilung;
Ersatz der Kosten der Beerdigung;[32])
Ersatz für den durch die Tötung verhinderten Erwerb eines Vermögensrechtes, sowie für das durch den Tod eingetretene Erlöschen eines an die Person des Getödteten geknüpften Vermögensrechtes; endlich
Ersatz für das Erlöschen resp. nicht Existent-Werden des Rechtes auf Unterhalt, welches ein Dritter dem Getöteten gegenüber in Anspruch nehmen konnte,[33]) sei es auch, daß an Stelle des Getöteten ein Anderer den Unterhalt zu gewähren hat.[34])

---

[31]) Vgl. RStGB. §§ 226, 206, 178, 239 — 207, 220, 221, 227, 229, 251, 307 Z. 1, 309, 312, 314—316, 321—324, 326.

[32]) „Demjenigen, welchem die Verpflichtung, die Kosten der Beerdigung zu tragen, oblag": vgl. dazu §§ 2055 und 1488 Abs. 4 E.

[33]) Vgl. dazu die Bestimmungen über die Unterhaltungspflicht des Ehemannes gegenüber der Ehefrau in § 1280, der Ehefrau gegenüber dem Ehemann in § 1281, des für schuldig erklärten Teiles bei der Ehescheidung gegenüber dem anderen Ehegatten in § 1454, der Ascendenten und der Descendenten und der Geschwister untereinander in §§ 1480 ff., des unehelichen Vaters gegenüber dem Kinde in §§ 1571 ff. und (im Falle einer Ehelichkeitserklärung) gegenüber dem Kinde und seinen Abkömmlingen in § 1598 E.

[34]) So § 723 Abs. 2. Angesichts dieser Bestimmung erscheint die Fassung des Abs. 1 als nicht völlig korrekt. Es muß heißen: „als in Folge der Tötung das Recht auf den Unterhalt gegen den Getöteten erloschen ist."

Die außerordentliche Tragweite dieser Bestimmungen leuchtet von selbst ein. Nur Ein Beispiel zur Illustration. Kürzlich wurde in den Zeitungen erzählt, ein Beamter in einer preußischen Stadt habe, als er von einem angeblich von ihm Beleidigten zum Zweikampf herausgefordert wurde, die Annahme der Herausforderung davon abhängig gemacht, daß sein Gegner in der Lage und auch Willens sei, im Falle, daß er, der Beamte, fallen sollte, seiner Witwe und seinen unmündigen Kindern standesgemäßen Unterhalt zu gewähren. Das Duell sei infolge dessen unterblieben. Nun nach unsrem Entwurf würde eine Erklärung, daß der Duellant Willens sei zu solcher Alimentation, nicht mehr erforderlich sein. Es ist kein Zweifel, daß die Tötung im Zweikampf mit unter die Bestimmungen der §§ 722 ff. des Entwurfes fällt. Es ist kein Zweifel, daß der Beamte bis zu seinem Tode zur Gewährung des Unterhaltes seiner Frau und seinen Kindern gegenüber gesetzlich verpflichtet war (§§ 1280 und 1480 E.). Folglich aber wäre der überlebende Gegner schon rechtlich verbunden, soweit er dazu faktisch in der Lage wäre, die überlebende Ehefrau und die Kinder des Getöteten, ja selbst einen etwaigen nasciturus, standesgemäß zu unterhalten.[35]) Das Duell droht hiernach in Zukunft sehr kostspielig zu werden; vielleicht das sicherste Mittel, um mutwilligen Herausforderungen entgegenzuwirken.[36])

Von ähnlich großer Tragweite sind die Bestimmungen über den Schadenersatz bei Körperverletzungen in §§ 726, 728 des Entwurfs. Auch sie beziehen sich auf jedwede widerrechtliche Handlung, durch welche aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit ein Anderer an Körper oder Gesundheit verletzt wird. Sie betreffen also außer den Handlungen der §§ 223 ff. StGB. alle sonstigen strafbaren Handlungen, durch welche eine Körperverletzung (schuldhaft) verursacht worden ist: Widerstand gegen Staats-

---

[35]) Vgl. § 723 Abs. 1 letzter Satz.

[36]) Gleich dem Prozeßkostenersatz gegenüber dem mutwilligen Beginnen von Rechtshändeln. Eine Einwilligung des Beschädigten im eigentlichen Sinne ist weder hier noch dort vorhanden (s. Hälschner, Strafrecht II. S. 940 oben), also § 706 E. in unserem Beispiel nicht anwendbar.

beamte, Abtreibung, Freiheitsentziehung, Aussetzung u. s. w.[37]) Als Inhalt der Ersatzpflicht aber finden wir hier hervorgehoben:[38])

Ersatz der Heilungskosten;
Ersatz für aufgehobene oder verminderte Erwerbsfähigkeit;
Ersatz für die durch die Körperverletzung eingetretene Vermehrung der Bedürfnisse des Verletzten.

Dies Alles bestimmt der § 726 des Entwurfs.

Der § 721 bestimmt daneben ausdrücklich, daß die Vorschriften der Reichsgesetze über die Buße unberührt bleiben. Allein der Entwurf enthält noch eine weitere Bestimmung über den Schadenersatz bei Körperverletzungen, welche ganz geeignet ist, diese Behauptung des § 721 der Vorschrift des § 231 RStGB. gegenüber Lügen zu strafen. Die herrschende Meinung ging bis jetzt dahin, daß sich die Buße — die als Schadenersatz zu betrachten sei — nur auf vermögensrechtliche Nachteile erstrecke.[39]) Nun aber gestattet der § 728 des Entwurfs dem Gericht bei Körperverletzungen „auch wegen eines anderen als eines Vermögensschadens nach freiem Ermessen eine billige Geldentschädigung" zuzusprechen. Materiell unberührt wird also der § 231 RStGB. durch den Entwurf gewiß nicht bleiben; es wird vielmehr entweder sein Inhalt oder sein Wert ein völlig andrer

---

[37]) Vgl. RStGB. §§ 118, 220 — §§ 218 Abs. 3 und 219 gehören wegen der hier vorliegenden Einwilligung der Schwangeren in die Abtreibung nicht hierher (vgl. § 706 E. und oben zu N. 6) — 239, 221 — 207, 221 Abs. 3, 227, 229 Abs. 2, 239 Abs. 2, 251, 315 Abs. 3, 321 Abs. 2, 327 Abs. 2, 340.

[38]) Nämlich außer dem nach der allgemeinen Regel des § 704 (vgl. § 726 Abs. 2) sich ergebenden Inhalt der Ersatzpflicht.

[39]) Vgl. z. B. Stenglein, Das Verlangen einer Buße, im Gerichtssaal 1872 S. 326; Dochow, Die Buße (1875) S. 26, 27; Benedikt, Die Reform des Schadenrechtes bei Ehrenbeleidigungen (1885) S. 8, 9, 14 oben. S. freilich auch: Kohler, Patentrecht S. 651; v. Liszt, Lehrbuch S. 261; Olshausen, Kommentar zu § 188 sub 2; Lehmann, Die Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter beim Schadenersatz (1884) S. 37, 38. S. endlich auch (für Ersatz des immateriellen Schadens) Urteil des I. St.-S. des RG. vom 7. III. 1887. R. IX. 171.

werden.[40]) Zugleich ist, wenn nicht schon durch die bisherigen Bestimmungen über die Buße, jedenfalls durch unsren § 728 das Institut des Schmerzensgeldes ersetzt und weggefallen.

b. Die privatrechtlichen Folgen der strafbaren Handlungen bestehen aber nicht bloß in der Pflicht, einen durch das Verbrechen etwa verursachten Vermögensschaden zu ersetzen. Die Folgen von Verbrechen erstrecken sich vielmehr in den verschiedensten Erscheinungen über das ganze Gebiet des Privatrechts hin. Ich muß mich hier darauf beschränken, die wichtigsten dieser Erscheinungen anzudeuten, wobei ich absehe von der Folge der Beendigung von Privatrechten, welche die strafbare Tötung oder die strafbare Zerstörung von Sachen nach sich ziehen wird.[41])

Für die verschiedensten Gebiete des Privatrechts haben zunächst Bedeutung die Verbrechen des Betrugs und der Bedrohung, bezw. Nötigung und Erpressung, insofern, als nach der allgemeinen Bestimmung des § 103 des Entwurfs, welche dann in zahlreichen Einzelanwendungen in den verschiedensten Materien durchgeführt ist, jede Willenserklärung anfechtbar ist, zu deren Abgabe Jemand widerrechtlich durch Drohung oder durch Betrug bestimmt worden ist.[42])

---

[40]) Je nachdem man die Ansicht teilt oder verwirft, welche Dochow a. a. O. dahin formuliert hat, daß Inhalt und Umfang der Buße sich ändern mit dem Inhalt und Umfange des Schadenersatzes. Verwirft man sie, so wird neben den Bestimmungen des Entwurfs der § 231 StGB. künftig so gut wie wertlos sein. Es kommt dazu, daß wohl der Entschädigungsanspruch aus § 727 E., aber kaum die Buße, in Form einer jährlich an den Verletzten zu zahlenden Geldrente zuerkennbar ist: § 724 mit § 727 E. einerseits, Olshausen zu § 231 sub 2 StGB. andrerseits.

[41]) Vgl. z. B. §§ 1496, 1575 (Erlöschen der Unterhaltungsverpflichtung mit dem Tode des Berechtigten oder des Verpflichteten); 1501 Abs. 2, 1557 (Beendigung der elterlichen Gewalt durch den Tod des Inhabers oder des Kindes); 1703, 1748 Z. 3 (Beendigung der Vormundschaft bezw. Pflegschaft mit dem Tod des Mündels bezw. des Pflegebefohlenen u. s. w.).

[42]) Vgl. die Einzelanwendungen, und zwar Anfechtung der Ehe in §§ 1259 Z. 1, 1261 Z. 1; letztwilliger Verfügungen in § 1780, vgl. § 1786; des Erbeinsetzungsvertrages in § 1948; des Vermächtnisvertrages in § 1962;

Den Sitz einer ganzen Reihe von civilrechtlichen Folgeerscheinungen von Verbrechen bildet ferner das Ehe- und Familienrecht.

Der Ehebruch ist nicht nur Ehescheidungsgrund nach § 1441 des Entwurfs, sondern er bildet auch ein Ehehindernis nach § 1237 insofern, als eine Ehe nicht geschlossen werden darf zwischen dem, dessen Ehe wegen Ehebruchs geschieden ist, und dem, mit welchem er sich dieses Ehebruchs schuldig gemacht hat.[43]) Außer dem Ehebruch bilden Scheidungsgründe (§§ 1441 cit., 1442) auch strafbare Handlungen der §§ 171 und 175 RStGB., deren der andere Ehegatte sich schuldig gemacht hat, sowie Lebensnachstellung; während zeitweilige Trennung von Tisch und Bett nach § 1444 schon dann vom Ehegatten begehrt werden kann, wenn der andere ihm gegenüber eine schwere Mißhandlung oder (nach Schließung der Ehe) ein entehrendes Verbrechen oder Vergehen[44]) begangen hat, durch welches eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet worden ist, daß dem Ehegenossen die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann.

Die elterliche Gewalt wird nach § 1559 des Entwurfs verwirkt und kann nach § 1560 daselbst nicht erlangt werden, wenn der betreffende Elternteil wegen eines gegen das Kind oder an dem Kinde[45]) verübten Verbrechens oder vorsätzlich be-

---

der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft in §§ 2040, 2041; des Verzichtes auf das Inventarrecht in § 2094 Abs. 5.

[43]) „Dispensation ist zulässig": § 1237 Abs. 2.

[44]) Was denkt sich der Entwurf wohl unter entehrenden Verbrechen oder Vergehen? Unsrem Reichsstrafrecht ist der Begriff fremd; es kennt weder Verbrechen noch Strafen, welche an sich schon entehren. Dagegen haben wir den Begriff bereits in unsrem Reichsrecht in § 128 GVG. Dort wie hier muß seine Bestimmung völlig in das Ermessen des Gerichts gestellt werden, welches dabei von der im Volke herrschenden Anschauung sich wird leiten lassen müssen. Vgl. auch Struckmann und Koch, Kommentar zu § 128 GVG. und Olshausen, Komm. zu § 32 StGB. sub 3.

[45]) Diese Unterscheidung von Verbrechen gegen das Kind und an dem Kind dürfte beweisen, daß die bisherige gemeine Meinung der Kriminalisten, welche „Gewalt gegen die Person" (z. B. § 249 StGB.) und „Gewalt an

gangenen Vergehens zu einer Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnisstrafe von sechsmonatiger[46]) oder längerer Dauer verurteilt ist.[47]) Jede Gefährdung überdies des geistigen oder leib-

der Person" (z. B. § 117, § 176 Z. 1) für gleichbedeutend erklärt (Olshausen, Komm. zu § 249 sub 4 a), dem Willen unseres Reichsrechtes nicht entsprechen dürfte. Vgl. auch noch über das „mit Personen" (§ 174 Z. 1—3, § 176 Z. 3 RStGB.) Olshausen, Komm. zu § 174 sub 9, zu § 176 sub 4 und 5. Olshausen sucht hier aus der Entstehungsgeschichte der genannten Gesetzesstellen darzuthun, daß auch das „mit" und das „an" gleichbedeutend seien. (S. noch über das „mit" in § 181 Z. 2 StGB. das Urteil des II. Str.-S. des RG. v. 6. V. 1887 R. IX. 301). Zugleich aber stellt er im Widerspruch damit den vollkommen richtigen Satz auf, daß man „prinzipiell davon ausgehen muß, daß der Gesetzgeber mit verschiedenartigen Wendungen auch Verschiedenartiges habe zum Ausdruck bringen wollen". Meine für das Strafrecht schon bisher vorgetragene Meinung geht dahin: wo das RStGB. nur sagt „wer mit Gewalt" oder „durch Gewalt" u. s. w. (z. B. §§ 106, 107, 113, 234—236, 240), da meint es jede, an Personen oder Sachen bethätigte, Gewalt. Unter „Gewalt gegen eine Person" (z. B. §§ 249, 252, 255) versteht es die gegen die betreffende Person sich richtende an ihr oder an anderen Personen, nicht an Sachen, bethätigte Gewalt. Der engste Begriff aber ist „Gewalt an der Person" (z. B. §§ 117 Abs. 2, 176 Z. 1): er beschränkt sich auf die unmittelbar an dem zu Vergewaltigenden selbst, nicht an anderen Personen, noch an Sachen, bethätigte Gewalt. Daß unter Gewalt gegen die Person nicht, wie v. Liszt, Lehrb., 3. Aufl. § 126 sub II., meint, auch die an Sachen bethätigte Gewalt zu verstehen ist, dürfte § 125 RStGB. beweisen, wo Gewaltthätigkeiten gegen Personen oder Sachen wohl unterschieden werden. Auch giebt v. Liszt selbst zu (vgl. § 99 sub II. 1 und sub III. 3), daß er mit seiner Unterscheidung von vis in homine und vis in hominem der Terminologie des Gesetzes nicht gerecht werde.

46) „Sechsmonatig": so der Entwurf; „achtmonatlich": so das RStGB. z. B. in § 21. Vgl. gegen ersteren Ausdruck die durchaus zutreffenden Bemerkungen (über „zeitige" Freiheitsstrafe) von H. Meyer, Lehrbuch, 1. Aufl. § 57 N. 20 (3. Aufl. § 54 N. 2; 4. Aufl. § 49 im Text nach N. 35).

47) Der § 1559 fügt hinzu: „Ist wegen des Zusammentreffens des gegen das Kind oder an dem Kinde verübten Verbrechens oder Vergehens mit einer oder mehreren anderen strafbaren Handlungen auf eine Gesamtstrafe erkannt, so entscheidet die wegen jenes Verbrechens oder Vergehens verwirkte Einzelstrafe": ein Grund mehr, darauf zu dringen, daß der Strafrichter, den ja der § 74 RStGB. ohnehin nötigt, zwecks Festsetzung der Ge-

lichen Wohles oder der Vermögensrechte des Kindes durch den Inhaber der elterlichen Gewalt zieht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln seitens des Vormundschaftsgerichtes nach §§ 1546, 1547 des Entwurfes nach sich.[48])

Unfähig, Vormund (Gegenvormund) oder Mitglied eines Familienrates zu sein, ist nach §§ 1640 Z. 3, 1647, 1716 des Entwurfs derjenige, welcher der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt ist „nach Maßgabe der Vorschriften des StGB."[49]) Und vom Vormundschaftsgericht zu entlassen ist der Vormund (Gegenvormund) nach §§ 1705 Z. 1, 1710 des Entwurfs, wenn durch sein pflichtwidriges Verhalten — man denke insbesondere an § 266 Z. 1 RStGB. — die Befugnis begründet erscheint, daß die Fortführung der Vormundschaft durch ihn das Interesse des Mündels erheblich gefährde.[50])

---

samtstrafe zuvor die verwirkten Einzelstrafen zu arbitrieren, dieselben auch in den Entscheidungsgründen seines Urteils klar ersichtlich mache. Vgl. Urteil des II. Str.-S. des RG. vom 28. XI. 1879 (R. I. 102) und des I. Str.-S. v. 20. IX. 1880 (R. II. 222 = E. II. 235). S. auch Olshausen, Komm. zu § 74 RStGB. sub 9.

[48]) Weitere Folge kann dann sein, daß der betreffende Elternteil das Recht verliert, dem Kind durch letztwillige Verfügung einen Vormund zu benennen: § 1636 E.

[49]) Es scheint, daß das „nach Maßgabe der Vorschriften des StGB." in § 1640 Z. 3 gehören soll zu „Unfähig, Vormund zu sein, ist", nicht zu „wer der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt ist"; dann ist also die Limitierung der Unfähigkeit, wie sie der § 34 Z. 6 RStGB. aufstellt, auch für die Zukunft aufrecht erhalten. Deutlichere Redaktion scheint mir jedenfalls angezeigt. Der „Gegenvormund" aber des Entwurfs ist nach § 1647 Abs. 1 daselbst offensichtlich nichts Anderes als der „Nebenvormund" des § 34 Z. 6 RStGB. Warum denn innerhalb des Reichsrechtes für das nämliche Ding zwei Namen?

[50]) Vgl. noch §§ 1654, 1725 E.: Verpflichtung des Gegenvormunds und des Gemeindewaisenrates, Pflichtwidrigkeiten des Vormunds dem Vormundschaftsgericht anzuzeigen; §§ 1684, 1719: Verpflichtung des Vormundschaftsgerichtes und des Familienvaters, gegen Pflichtwidrigkeiten des Vormunds und des Gegenvormunds einzuschreiten; §§ 1697, 1702: Schadenersatzpflicht des Vormunds und des Vormundschaftsrichters aus ihren Pflichtwidrigkeiten u. dgl. m.

Den Sitz einer weiteren Reihe von civilrechtlichen Folgeerscheinungen von Verbrechen bildet endlich das Erbrecht.

Entziehung des Pflichtteils kann nach § 2001 Z. 1—5 des Entwurfes erfolgen, wenn ein Descendent, oder wie der Entwurf sagt ein Abkömmling, des Erblassers sich ihm oder seinem Ehegatten gegenüber schuldig macht einer Lebensnachstellung, einer falschen Anschuldigung,[51]) eines Meineides in einer Strafsache oder Disciplinarsache,[52]) eines Ehebruches. Dieselben strafbaren Handlungen, mit Ausnahme jedoch der vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung,[53]) berechtigen auch dem Vater, sowie der Mutter gegenüber nach § 2003 des Entwurfes zur Entziehung des Pflichtteils.[54])

Erbunwürdigkeit haben nach § 2045 des Entwurfes zur Folge eine Anzahl von Verbrechen gegen die Person des Erblassers, sowie eine in Ansehung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers begangene aus §§ 267—274 RStGB. strafbare Urkundenfälschung.

Enthebung vom Amte eines Testamentsvollstreckers kann nach § 1896 des Entwurfes sich gründen auf eine grobe Pflichtverletzung, wie sie z. B. auch durch eine Untreue gemäß § 266 Z. 1 RStGB. gegeben sein kann.

---

[51]) Jedoch beschränkt dies der § 2001 Z. 3 E. dem § 164 RStGB. gegenüber auf die wissenschaftlich falsche Anschuldigung der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens.

[52]) Der § 2001 Z. 4 E. hat den Fall des § 154 Abs. 2 StGB. im Auge, dehnt jedoch seine Vorschrift aus auch auf den Meineid in einer Disciplinarsache (vgl. hiezu Olshausen, Komm. zu § 154 RStGB. sub 11); und beseitigt durch die Worte „vorsätzlich zum Nachteile" u. s. w. die durch die Fassung des § 154 Abs. 2 cit. „zum Nachteile" hervorgerufene Kontroverse (Olshausen lc.), ob diese letzteren Worte subjektiv oder objektiv auszulegen seien.

[53]) Diese Ausnahme beruht offenbar auf der nämlichen ratio legis, welche bewirkte, daß zwar die vorsätzliche Mißhandlung eines Ascendenten, aber nicht die eines Descendenten, im § 223 Abs. 2 RStGB. als qualifizierte Körperverletzung erscheint.

[54]) Und machen ferner nach § 1490 Abs. 2 E. des Anspruches auf Gewährung des Unterhalts verlustig.

Doch ich übergehe weitere privatrechtliche Folgen strafbarer Handlungen[55]) und wende mich von der unerlaubten Handlung des Civilrechts

ad II.

zur civilrechtlich erlaubten Handlung und ihrem Einfluß auf das Strafrecht.

Die Bedeutung der erlaubten Handlung für das Strafrecht ist stets dieselbe: sie zerstört das allgemeine Thatbestandserfordernis der Widerrechtlichkeit im Verbrechensbegriff und bewirkt so, daß wo eine erlaubte Handlung vorliegt, eine strafbare Handlung nicht vorliegen kann.

Rechtlich erlaubt aber ist Alles, was man rechtlich thun darf; sei es, daß die Rechtsordnung ein gewisses Thun nicht verbietet, oder wie unser Entwurf sich ausdrückt, daß man etwas schon nach der allgemeinen Freiheit thun darf,[56]) sei es, daß die

[55]) Es zählen z. B. noch hierher als Folgen von Eigentumsverbrechen der Ausschluß des Eigentumserwerbes durch den bonae-fidei-Erwerber nach § 879 E. (vgl. art. 307 DHGB.), der Ausschluß beziehungsweise die Unterbrechung der Ersitzung nach §§ 881 Abs. 2, 886 E., der Ausschluß des Eigentumserwerb an den Früchten durch Separation nach § 900 Z. 2 (welches aber soll die „strafbare, wenn auch nur auf Fahrlässigkeit beruhende Handlung" sein, durch welche der Besitzer den Besitz der Sache erworben hat?), die Haftung für Untergang oder Verschlechterung der Sache, für fructus percepti und percipiendi vom Zeitpunkte des Besitzerwerbes an nach §§ 931 Abs. 2, 932 (wobei sich die eben aufgeworfene Frage wiederholt), vgl. auch noch §§ 885 Abs. 3, 921 Abs. 2, 935, 2086 E.; als Folge der Verletzung von fremden Okkupationsrechten der Ausschluß des Eigentumserwerbs durch Zueignung nach § 903 Abs. 2 E.; als Folge der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte die Unfähigkeit, als Zeuge bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen mitzuwirken, nach § 1917 Abs. 2 Z. 2 mit § 1927 Z. 3 und Abs. 2, nach welchem diese Folge weiter reicht, als die in § 34 Z. 5 RStGB. statuierte; s. auch noch § 1249 Abs. 2, wonach Personen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, und § 1917 Abs. 3 Z. 2, wonach Personen, welche auf Grund der Vorschriften der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden, als Zeugen bei Eheschließungen bezw. bei Errichtung letztwilliger Verfügungen nicht zugezogen werden „sollen" u. a. m.

[56]) Vgl. den im Text gleich folgenden § 705 E. Der Entwurf hat sich mit demselben auf rechtsphilosophisches Gebiet begeben, und die Frage,

Rechtsordnung ein bestimmtes Thun ausdrücklich gestattet. In beiden Fällen hat man ein Recht so zu handeln und kann also, wenn man so handelt, nicht gestraft werden.

Nun kann es aber sein, daß die Ausübung des einen oder des anderen Rechtes an gewisse Schranken gebunden ist, und dann macht jede Überschreitung dieser Schranken die an sich erlaubte Handlung wiederum zur unerlaubten und damit möglicherweise strafbaren.

So hat der Entwurf in seinem, in mehr als einer Beziehung hochinteressanten, § 705 bezüglich der von der Rechtsordnung an sich nicht verbotenen Handlungen folgende Bestimmung getroffen:

> „Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt."[57])

Aber auch bezüglich der Rechte im engeren Sinn, der von der Rechtsordnung selbst verliehenen Berechtigungen gilt durchaus nicht ohne weiteres das

> qui jure suo utitur neminem laedit.

Selbst bezüglich des umfassendsten aller Rechte, des Eigentumsrechtes, bestimmt daher der § 848 des Entwurfs:

> „Der Eigentümer einer Sache hat das Recht, mit Ausschließung Anderer nach Willkür mit der Sache zu verfahren und über dieselbe zu verfügen, soweit nicht Be-

---

ob das Erlaubte sei erst ein Produkt des Rechtsgesetzes, oder ob es gleichbedeutend sei mit dem Nichtverbotenen, eine Frage, welche für die Bestimmung der Natur der Rechtsnormen von grundleglicher Bedeutung ist (vgl. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II. S. 307 ff.), im Sinne der letzteren, in der Rechtsphilosophie herrschenden, Meinung entschieden. Vgl. außer dem § 705 E. auch S. 351 der Motive vv.: „Das aus der allgemeinen Freiheit folgende Recht eines Jeden, Tauben zu halten."

[57]) Man denke an den allmählichen Übergang des invicem se circumscribere, was nach der l. 22 § 3 D. locati 19, 2 in emendo et vendendo naturaliter concessum est, d. h. eben „kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubt" ist, in unerlaubten dolus und in strafbaren Betrug.

schränkungen dieses Rechtes durch Gesetz oder durch Rechte Dritter begründet sind."[58])

Das Gesetz nun, durch welches solche Beschränkungen eines Rechtes begründet sind, kann auch ein Strafgesetz sein. Ich entnehme folgenden Fall der Judikatur des Reichsgerichts.

Ein Mühlenbesitzer in Preußen hatte sein Wasser so hoch gestaut, daß dadurch eine Überschwemmung mit gemeiner Gefahr für Leben und Eigentum herbeigeführt worden war. Aus § 314 RStGB. angeklagt, berief er sich darauf, daß ihm das preußische Vorflutgesetz vom 15. November 1811 das Recht einräume, den Wasserstand bis zu der durch den Markpfahl festgesetzten Höhe aufzustauen. Höher habe er das Wasser auch nicht gestaut. Er habe also seinem Rechte gemäß gehandelt und könne daher nichts Strafbares begangen haben.

Mit Recht verwarf das Reichsgericht[59]) diese Verteidigung. Denn nach § 94 der Einleitung zum preußischen Landrecht dürfe man ein Recht, welches man hat, immer nur innerhalb der gesetzmäßigen Schranken ausüben — eine Bestimmung, wie sie ganz konform nunmehr der § 848 unseres Entwurfes ausspricht —. Eine solche gesetzmäßige Schranke aber stelle eben der § 314 StGB. auf, indem er bei Strafe eine solche Benutzung des Eigentums verbiete, welche in ihren voraussehbaren Folgen eine Überschwemmung herbeiführen könne.

Wenn wir also den Satz aufstellten: wo das Civilrecht zu einer Handlung befugt, da kann diese Handlung nie eine strafbare sein, so müssen wir sofort hinzufügen: es sei denn, daß das Civilrecht selbst oder ein anderweites Gesetz die Ausübung jener Befugnis nur unter gewissen Schranken gestattet und der Handelnde diese Schranken übertreten hat.

---

[58]) Der 1. Titel des 4. Abschnittes des 3. Buches, an dessen Spitze der § 848 steht, ist überschrieben „Inhalt und Begrenzung des Eigentumes" und bringt eine Reihe solcher Beschränkungen, wie sie der § 848 andeutet. Was aber die Rechte Dritter angeht, so vgl. z. B. § 765 Abs. 2 E., wo es heißt: „Jeder Teilhaber (an einem gemeinschaftlichen Gegenstand) ist zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes insoweit befugt, als dadurch der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber nicht beeinträchtigt wird."

[59]) Urteil des II. Str.-S. vom 8. VII. 1881 R. III. 471.



Dies vorausgeschickt, wende ich mich nun zu den Fällen, wo der Entwurf Berechtigungen statuiert, subjektive Rechte geschaffen hat.

Einige streife ich nur.

So die für das Strafrecht bedeutsame Bestimmung über die Berechtigung an einem Schatz im § 928, wonach im Moment, wo der Finder Besitz ergreift, die Hälfte des Schatzes dem Finder, die andre Hälfte dem Eigentümer der Fundstelle zu Eigentum zufällt. Damit ist es entschieden, daß der Finder, wenn er nach der Besitzergreifung den ganzen Schatz rechtswidrig sich zueignet, bezüglich der dem Eigentümer gehörigen Hälfte eine Unterschlagung begeht, was bisher in demselben Maße bestritten sein mußte, als es civilrechtlich bestritten war, ob mit der Besitzergreifung des Finders der Eigentümer Eigentum oder nur einen Anspruch auf Herausgabe der Hälfte erwerbe.[60])

Nur berühren möchte ich auch die Disciplinarrechte der Eltern und der Vormünder gegenüber ihren Kindern und bezw. Pflegebefohlenen in §§ 1504 und 1655 des Entwurfs, welche Eltern und Vormünder straflos machen wegen Körperverletzungen, Beleidigungen, Freiheitsentziehungen, Nötigungen, die sie ihren Kindern oder Mündeln gegenüber in Ausübung ihres Erziehungsrechtes verüben. Während hingegen jene Bestimmung des bayrischen Landrechts Teil I. cap. 6 § 12 Nr. 2 und 3, welche auch dem Ehemann der Ehefrau gegenüber ein mäßiges Züchtigungsrecht einräumte,[61]) im Entwurf sich nicht wiederfindet und daher als aufgehoben erscheint.

---

[60]) Vgl. Windscheid, Pandekten (5. Aufl.) § 184 N. 10 und 11. S. auch Urteil des I. Str.-S. des RG. vom 17. XI. 1879 R. I. 78 = E. I. 16, wo die Frage auf Grund der Bestimmungen des preußischen Landrechts strittig und für die strafrechtliche Beurteilung brennend geworden war.

[61]) Auf Grund dieser Gesetzesbestimmung hat ein Erkenntnis des bayrischen Kassationshofes vom 17. April 1875 (bei Stenglein, Zeitschr. f. Gerichtspraxis, N. F. V. S. 68) den § 223 RStGB. auf eine körperliche Thätlichkeit des Mannes gegen die Frau, „für welche Veranlassung vorliegt und die kein Übermaß enthält", für nicht anwendbar erklärt. Dagegen hat das Reichsgericht in einem Urteil des IV. Str.-S. vom 18. IX. 1885 R. VII. 517 dargethan, daß nach preußischem Recht ein solches Züchtigungsrecht

Eingehender aber muß ich mich noch mit zwei für das Strafrecht besonders interessanten Berechtigungen beschäftigen: mit dem Recht der Selbstverteidigung und mit dem Recht der Selbsthilfe.

Das erstere besteht in dem Recht, einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff gegenüber sich zu wehren auch durch Begehung sonst unerlaubter Handlungen. Das letztere besteht in der Befugnis, Ansprüche, welche man gegen einen Andern hat, durch eigenes Vorgehen, unter Umständen auch auf dem Weg einer an sich unerlaubten Handlung, zu verwirklichen.

1. Das Recht der Selbstverteidigung anerkennt der Entwurf in seinen §§ 186, 187 in doppelter Richtung: in § 186 gegenüber Angriffen von anderen Personen, in § 187 gegenüber Gefahren, welche von Sachen drohen.

a. Die im § 186 erlaubte Selbstverteidigung gegen Angriffe von Personen ist nichts weiter als die uns aus dem Strafrecht bereits bekannte Notwehr. So nennt sie denn auch der Entwurf selbst, indem er in § 186 Abs. 1 verfügt:

„Eine unerlaubte Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Notwehr geboten war";

und im Absatz 2 des nämlichen Paragraphen wird sie dann wörtlich gleichlautend mit § 53 Abs. 2 RStGB. definiert.

Durch diese Übereinstimmung der civilrechtlichen Behandlung der Notwehr mit der strafrechtlichen ist zunächst, wie die Motive auf S. 349 treffend hervorheben, der große Vorteil erreicht, daß künftig alle Einzelfragen in der Lehre von der Notwehr für Privat- und Strafrecht einheitlich zu erledigen sein werden.

Doch ist das nicht das Einzige, was das Strafrecht in dieser Lehre aus dem Entwurfe gewinnt.

Indem der Entwurf die Notwehr-Handlung für eine rechtlich erlaubte erklärt, wird er dem zur Zeit immer noch nicht be-

---

des Ehemannes gegenüber der Ehefrau nicht bestehe, und hat daher die gegen die Verurteilung aus § 223 RStGB. eingelegte Revision des Ehemannes verworfen. Daß auch nach dem Pandektenrecht ein solches Züchtigungsrecht sich nicht begründen lasse, zeigt Windscheid § 490 N. 11.

endigten Streite über die juristische Konstruktion der Straflosigkeit der Notwehrhandlungen ein für alle Male ein Ende machen. Auf den verschiedensten Wegen, wie sie Hugo Meyer in der neuesten Auflage seines Lehrbuches S. 328 zusammenstellt, hat man bisher diese Konstruktion versucht. Nach dem Entwurf erscheint der Weg als der allein richtige, welchen bis jetzt schon die communis opinio gegangen ist:[62]) weil die Notwehr erlaubt ist, also der Notwehrhandlung das Moment der Rechtswidrigkeit fehlt, deswegen müssen die in Notwehr begangenen Rechtsgüterverletzungen und -gefährdungen straflos sein.

Indem ferner der Entwurf Handlungen, welche in einem Exceß der Notwehr begangen werden, überhaupt nicht erwähnt, erklärt er stillschweigend, daß sie unerlaubte Handlungen bleiben.[63]) Wenn also der § 53 Abs. 3 RStGB. sie gleichwohl unter bestimmten Voraussetzungen straflos ausgehen läßt, so kann der Grund dieser Straflosigkeit nicht sein, daß es an dem Requisit der Widerrechtlichkeit der Handlung fehlte. Es liegt eine unerlaubte und an sich auch eine strafbare Handlung vor, und der Grund der Straflosigkeit ist hier lediglich die aequitas; der § 53 Abs. 3 cit. enthält keinen Schuld-, sondern einen bloßen Strafausschließungsgrund.[64])

Notwehr ist endlich, wie allen rechtswidrigen Angriffen, so insbesondere auch der Eigenmacht gegenüber erlaubt.[65]) Denn die Eigenmacht ist ja, wie wir oben ad I. bereits gesehen haben, stets ein widerrechtlicher Angriff auf die Inhabung eines Anderen, wenn sie nicht ausnahmsweise gesetzlich erlaubt ist. Bezüglich der Notwehr gegen Eigenmacht nun treffen die §§ 815

---

[62]) Gestützt auf das römische Recht, dem bereits die Nothwehr als ein jus natura comparatum galt: vgl. H. Meyer lc. N. 10 und Windscheid, Pandekten § 123 N. 2.

[63]) Vgl. Motive S. 349: „Liegt Überschreitung der Notwehr (StGB. § 53 Abs. 3) vor . . . . . . , so bleibt die Handlung eine unerlaubte."

[64]) So daß also Gegenwehr gegen einen solchen Notwehrexceß erlaubt und Teilnahme daran strafbar ist. Vgl. gegen das „ungerechtfertigte Privileg des Notwehrexcesses" überhaupt: v. Buri, Kausalität (1873) S. 92; Geyer in der Ztschr. f. d. g. St.-R.-W. IV. S. 206.

[65]) Motive S. 349.

bis 817 des Entwurfs eine Reihe auch für das Strafrecht nicht unwichtiger Bestimmungen über das Subjekt und die Art und Weise der Notwehrhandlungen,[66]) Bestimmungen, welche dann in den §§ 979 und 1048 daselbst auch angewendet werden auf die eigenmächtige Entziehung oder Störung einer juris quasi possessio.

b. Die Notwehr setzt einen rechtswidrigen Angriff von andrer Seite voraus. Von einem solchen könnte man allenfalls noch bei Tieren,[67]) sicher nicht bei Sachen sprechen. Wenn meines Nachbarn beifällige Gartenmauer droht, auf meinen Grund und Boden stürzend meine kostbaren Blattpflanzen zu vernichten, so kann ich von einem rechtswidrigen Angriff der Gartenmauer auf mein Eigentum nicht reden. Gleichwohl muß auch hier eine Verteidigung der eigenen Rechte gestattet sein, und dieses Selbstverteidigungsrecht zu sanktionieren ist der Zweck des § 187 des Entwurfes, welcher lautet:

> „Eine unerlaubte Handlung ist nicht vorhanden, wenn Jemand eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine von dieser Sache drohende Gefahr von sich oder einem Anderen abzuwenden, sofern die Handlung zur Abwendung der Gefahr erforderlich war und die Gefahr nicht vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden ist."

Auch diese Bestimmung wird uns von einer strafrechtlichen Kontroverse befreien. Schon das römische Recht hatte den Gedanken des § 187 cit. wenigstens in vereinzelten Anwendungen verwirklicht. Ich denke an jenes Gesetz, welches dem Schiffer, dessen Schiff sich in die Ankertaue oder in die Fischernetze eines anderen verstrickt hat, so daß er sich auf andre Weise nicht mehr losmachen kann, erlaubt, jene Taue oder Netze zu durchschneiden und zu zerstören. Ich denke ferner an den Rechtssatz,

---

[66]) Insbesondere dürfte der § 815 E. die Selbstverteidigung zu einer Zeit noch gestatten, wo von einem „gegenwärtigen" Angriff, und damit von Notwehr, nicht mehr wohl gesprochen werden kann. Er macht dann also auch noch solche (an sich strafbare) Verteidigungshandlungen straflos, welchen der § 53 RStGB. nicht mehr zu statten kommt.

[67]) Vgl. jedoch auch unten sub c.



welcher mich befugt, um eine Feuersbrunst von meinem Hause fern zu halten, des Nachbarn Haus zu zerstören. Ich denke endlich an die Bestimmungen der lex Rhodia de jactu, welche nunmehr übergegangen sind in die Bestimmungen unsres deutschen Handelsgesetzbuches über die große Haverei.[68]) Vor die Frage gestellt, welchen Einfluß diese Bestimmungen auf das Strafrecht üben, hat man sie allgemein unter dem Gesichtspunkt des Notstandes betrachtet und nun darüber gestritten, ob sie den bedeutend engeren Notstandsbegriff des § 54 RStGB. zu erweitern die Kraft besäßen oder nicht.[69]) Der § 187 des Entwurfes, welcher alle jene Einzelvorschriften in sich aufzunehmen geeignet ist, weist für die Zukunft den richtigen Weg: nicht um Notstand handelt es sich in allen derartigen Fällen, sondern um ein der Notwehr analoges Recht der Selbstverteidigung, welches allen solchen Verteidigungshandlungen den Charakter der Widerrechtlichkeit benimmt und sie daher auch jeder Bestrafung entziehen muß.[70])

---

[68]) l. 29 § 3, l. 49 § 1 D. ad leg. Aquiliam 9, 2; l. 3 § 7 D. de incendio 47, 9; t. D. de lege Rhodia 14, 2; DHGB. art. 702, 708. S. weitere Stellen des römischen Rechts bei Binding, Grundriß § 81 sub I.; Windscheid, Pandekten § 455 N. 11.

[69]) Vgl. z. B. Binding, Grundriß § 81 sub V und Handbuch I. S. 771, welcher behauptet, daß auf Grund jener Bestimmungen das Bereich der straflosen Notstandsverletzungen sich ausdehne; H. Meyer, Lehrbuch § 41 zu N. 27, welcher ebenfalls meint, daß die nach dem RStGB. zulässigen Notstandshandlungen durch jene Vorschriften ihre Ergänzung finden; während dagegen v. Liszt, Lehrbuch § 35 sub III., sagt: „Die Spezialbestimmungen des Handelsgesetzbuchs (art. 702 und 708 über die große Haverei) und der Seemannsordnung (§ 75) haben keine über das Gebiet dieser Gesetze hinausreichende Geltung. Auch die Anordnungen des römischen Rechtes oder partikularer Civilgesetze sind für das Strafrecht ohne Bedeutung", und daraus das Resultat zieht, daß in jenen Fällen die Civilklage durch Einwendung des Notstandes abgewehrt werden könne, während der strafrechtlichen Verfolgung gegenüber diese Verteidigung versage, ein Resultat, für das man nur die Gesetzgebung, nicht die Wissenschaft verantwortlich zu machen habe.

[70]) Schon bisher gehörten jene Fälle im Strafrecht nicht in die Lehre vom Notstand, wo sie — im Anschluß an die Auffassung der Civilisten: vgl. Windscheid a. a. O. — allgemein abgehandelt werden, sondern in die Lehre

c. Es kann keinem begründeten Zweifel unterliegen und wird auch in den Motiven auf Seite 351 ausdrücklich hervorgehoben, daß zu den fremden Sachen, gegen welche der § 187 ein Recht der Selbstverteidigung einräumt, auch fremde Tiere gehören. Der bisherige Streit der Kriminalisten also, ob es auch Tieren gegenüber ein Recht der Notwehr gebe,[71]) ein Streit, dessen Entscheidung davon abhing, ob man unter dem „rechtswidrigen" Angriff des § 53 RStGB. nur einen subjektiv rechtswidrigen oder auch einen objektiv rechtswidrigen Angriff verstand,[72]) wird durch den § 187 des Entwurfs insofern gegenstandslos, als jedenfalls das der Notwehr analoge Recht der Selbstverteidigung auch Tieren gegenüber gestattet ist. Auch hat der Entwurf davon abgesehen, dieses Selbstverteidigungsrecht bezüglich gewisser Tiere zu beschränken, wie es von Seite der Interessenten insbesondere bezüglich der Bienen und Tauben

---

von der Widerrechtlichkeit der Handlung. Richtig bemerkt bereits Olshausen zu § 54 RStGB. sub 10 von ihnen: „die Handlung kann, da ihr das Moment der Rechtswidrigkeit fehlt, eine strafbare nicht sein." Aber auch er findet in ihnen einen „Notstand im weiteren Sinn". Der Kriminalist sollte die Bezeichnung jener Fälle als Notstand um so mehr vermeiden, als richtiger Ansicht nach (a. A. freilich Olshausen lc. sub 3) der Notstand einen bloßen Strafausschließungsgrund, der Mangel der Rechtswidrigkeit der Handlung aber einen Schuldausschließungsgrund bildet.

[71]) S. darüber jetzt besonders Binding, Handbuch I. S. 736 und die Citate daselbst in N. 19; auch S. 738 sub b.

[72]) Vgl. für den objektiv rechtwidrigen Angriff z. B. v. Buri, Kausalität (1873) S. 90 unten; v. Liszt, Lehrbuch § 34 nach N. 8; Binding a. a. O. S. 738; Olshausen, Kommentar zu § 53 sub 7 — der letztere freilich widerspruchsvoll ebenda sub 6, wozu zu vergleichen Binding a. a. O. N. 28 am Schluß —; für den subjektiv rechtswidrigen Angriff z. B. H. Meyer, Lehrbuch § 40 sub 3. c. S. 331; Hälschner, Gemeines deutsches Strafrecht I. S. 481 zu N. 1. Auch das deutsche Reichsgericht scheint auf letzterer Seite zu stehen; denn in dem Urteil des II. Str.-S. vom 30. IX. 1884 (R. VI. 577) heißt es zum § 53 RStGB.: „Unter „Angriff" versteht das Gesetz das Vorgehen einer Person, welches einen Eingriff in die Rechtssphäre einer anderen Person zum Zweck hat. Dieses Vorgehen muß in Handlungen bestehen, welche die Absicht des Handelnden, in die Rechtssphäre des Anderen einzugreifen, äußerlich in die Erscheinung bringen."

gewünscht worden war, so daß es also z. B.[73]) dem Konditor erlaubt sein wird, die ihn beraubenden fremden Bienen durch Gift, Feuer, Dämpfe u. s. w. massenhaft zu vernichten. Und endlich will der Entwurf nicht eingreifen in hieher gehörige landespolizeiliche, jagdpolizeiliche, agrarpolizeiliche Vorschriften, welche vielmehr in dem Einführungsgesetze zum Entwurf ausdrücklich aufrecht erhalten werden sollen.[74])

d. Wie aber steht es endlich mit Angriffen, die von Kindern oder geisteskranken Personen ausgehen? Die Motive auf S. 352 oben regen den abenteuerlichen Gedanken an, ob Gefahren, welche von einer ohne Willen thätig werdenden Person drohen, nicht auch unter den § 187 des Entwurfes fallen und zu der von ihm gestatteten Selbstverteidigung berechtigen? Allein unter fremden Sachen auch willenlose Personen zu begreifen, das dürfte heute, wo wir keine Sklaven mehr haben, doch auch die verwegenste Auslegung kaum riskieren. Bezüglich solcher

---

[73]) Vgl. Motive S. 351 N. *.

[74]) Vgl. Motive S. 351 unten und den Entwurf in der N. 1 zu § 903. Solche Polizeibestimmungen können sich auf bloße Präventivmaßregeln beschränken, wie z. B. art. 120 des bayr. Pol.-StrGB. vom 26. XII. 1871: „Einer Geldstrafe bis zu 5 Thalern unterliegt, 1. wer Hausgeflügel während der durch ortspolizeiliche Vorschrift verbotenen Zeit auf die Felder auslaufen läßt oder Feldtauben zur Saat- und Erntezeit innerhalb des durch die Ortspolizeibehörde bestimmten und öffentlich bekannt gemachten Termines nicht eingeschlossen hält; 2. wer den Distrikts- und ortspolizeilichen Vorschriften zuwiderhandelt, durch welche den Grundbesitzern gemeinschaftliche Leistungen zum Schutze der Fluren gegen schädliche Tiere auferlegt werden." (Vgl. Mecklenb. Rev. V. betr. die Bestrafung der Feldfrevel vom 2. IX. 1879 § 5). Sie können die Repressivmaßregeln des § 187 E. erweitern, wie z. B. § 17 der bayr. A. V. polizeiliche Vorschriften über Ausübung und Behandlung der Jagden betr. vom 5. X. 1863: „In den Jagdrevieren aufsichtslos umherstreifende Hunde dürfen von dem Jagdausübungsberechtigten oder dem von ihm aufgestellten Jagdaufseher getödtet werden." (Vgl. Meckl. V. betr. das Jagdrecht vom 14. I. 1871 § 8 sub 2, wo dies auch auf die im Jagdgebiete umherlaufenden Katzen ausgedehnt ist). Sie können aber auch die Repressivmaßregel des § 187 E. einengen, insbesondere etwa hinsichtlich der Verteidigung gegen Wildschaden: vgl. die oben citierte A. V. vom 5. X. 1863 §§ 18, 1, 5 (vgl. auch Goesch und Düring, Meckl. Landesstrafrecht S. 799).

Personen sind wir daher für das Strafrecht nach wie vor auf die Grundsätze von Notwehr und Notstand angewiesen. Hält man Notwehr für zulässig auch gegenüber objektiv rechtswidrigen Angriffen von Personen, so ist unser Fall gedeckt: jede Handlung, welche erforderlich ist, um den gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff einer zurechnungsunfähigen Person von sich oder einem Anderen abzuwehren, ist dann straflose Notwehrhandlung. Hält man dagegen Notwehr nur für erlaubt gegenüber einem subjektiv rechtswidrigen Angriff, so kann man sich gegen Angriffe von zurechnungsunfähigen Personen nur insoweit straflos verteidigen, als dies die Grundsätze über Notstand mit sich bringen: also bloß gegen Angriffe auf Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen.[75])

Viel weiter noch als das bis jetzt besprochene Recht der Selbstverteidigung geht

2. das Recht der Selbsthilfe, wie es der Entwurf sanktioniert.

Wir können die Selbsthilfe mit Stobbe[76]) definieren als diejenige Thätigkeit, durch welche Jemand, welcher ein Recht hat oder zu haben glaubt, einseitig ohne Anrufung des Richters sich die Befriedigung seines Anspruchs zu verschaffen sucht.

Die Selbsthilfe verhält sich also zur Selbstverteidigung wie die Aggressive zur Defensive: wer Selbstverteidigung übt, der wehrt sich gegen einen von andrer Seite ausgehenden Angriff; wer Selbsthilfe übt, der greift Andere an, um einen seinerseits behaupteten Anspruch zu befriedigen.

Solche Selbsthilfe ist nun nach dem Entwurf regelmäßig nur dann erlaubt, wenn sie mittels an sich erlaubter Handlungen geübt wird.[77]) Selbsthilfe dagegen mittels Handlungen, welche

---

[75]) Vgl. über die ganze Streitfrage bezüglich der Notwehr gegen Geisteskranke: v. Liszt, Lehrbuch § 34 zu N. 8; Hälschner, Strafrecht I. S. 480 zu N. 1; H. Meyer, Lehrbuch § 40 N. 25; ganz besonders aber nunmehr Binding, Handbuch I. S. 739 N. 28, und die dort Citierten.

[76]) Deutsches Privatrecht I. § 70 (S. 587 der 2. Aufl.).

[77]) Die Selbsthilfe an sich ist also nicht verboten: vgl. die Ausführung in den Motiven S. 352 ff. mit Windscheid, Pandekten, § 123 zu N. 1.

an sich unerlaubt sind, verbietet regelmäßig der § 188 des Entwurfs. Insbesondere würden also an sich auch alle Verbrechen, welche zum Zweck der Selbsthilfe verübt werden, unerlaubt sein; der Zweck der Selbsthilfe würde ihnen den Charakter der Rechtswidrigkeit und damit ihre Strafbarkeit nicht nehmen.[78])

Allein es giebt Fälle, wo der Entwurf Selbsthilfe erlaubt, sogar dann, wenn sie durch an sich unerlaubte Handlungen geübt wird. Dies ist dann „erlaubte Selbsthilfe" im eigentlich technischen Sinn.[79]) Und soweit die unerlaubten Handlungen, mit welchen ausnahmsweise Selbsthilfe geübt werden darf, an sich als Verbrechen sich qualifizieren, nimmt ihnen die betreffende Erlaubnis des Civilrechts wieder den Charakter von rechtswidrigen und damit auch von strafbaren Handlungen. Es ist dies aber der Fall in folgenden Paragraphen, die eine unmittelbare Bedeutung für das Strafrecht beanspruchen:

a. Vor allen im § 521 des Entwurfs.

Hier ist das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters eines Grundstücks an den invecta et illata des Mieters, wie es schon im gemeinen Recht anerkannt, durch die Bestimmungen der Landesrechte aber vielfach wieder abgeschafft worden war, von Neuem reichsgesetzlich sanktioniert.[80])

Natürlich dann noch viel weniger strafbar. Vielmehr war es gerade der Vorgang des modernen (preußischen) Strafrechts, welches von der früheren Stellung der Selbsthilfe unter öffentliche Strafe absah, der die Wandlung auch auf dem Gebiete des Civilrechts nach sich zog, welcher der Entwurf Ausdruck verleiht: Motive a. a. O.

[78]) Vgl. Windscheid a. a. O. zu N. 2.

[79]) Es ist die vom positiven Recht erlaubte Selbsthilfe; während die mit erlaubten Mitteln geübte Selbsthilfe eine schon „nach der allgemeinen Freiheit" erlaubte Selbsthilfe ist: vgl. oben N. 56 und Motive S. 353.

[80]) Das Reichsgericht hatte sich bei Gelegenheit seiner Judikatur zu § 289 StGB. in einer ganzen Reihe von Urteilen mit der Frage zu beschäftigen, in welchen deutschen Staaten ein gesetzliches Pfandrecht des Vermieters an den invecta et illata des Mieters noch bestehe, und ob nicht da, wo es abgeschafft worden, ein davon unabhängiges Zurückhaltungsrecht (Retentionsrecht, Perklusionsrecht) des Vermieters fortexistiere, bezw. neu eingeführt worden sei. Es hat entschieden, daß ein gesetzliches Pfandrecht noch fortbestehe in (Alt-)Preußen auf Grund des § 395 Teil I. Tit. 21 des

Hiedurch wird also bewirkt werden, daß der Mieter, welcher solche Sachen ohne Zustimmung seines Vermieters wegschafft,

ALR. [Urteil des II. Str.-S. v. 23. XI. 1880 R. II. 551 = E. III. 57; v. 1. IV. 1881 R. III. 184 = E. IV. 83; v. 5. VII. 1881 R. III. 461; v. 20. IX. 1881 R. III. 512; v. 22. IV. 1884 R. VI. 284 = E. X. 321; v. 12. III. 1886 R. VIII. 162; v. 9. IV. 1886 R. VIII. 272; v. 1. VI. 1886 R. VIII 419; v. 3. II. 1888 R. X. 91; des III. Str.-S. v. 5. VII. 1886 R. VIII. 514; des IV. Str.-S. v. 16. XII. 1887 R. IX. 730], sowie in Hamburg [Urteil des III. Str.-S. v. 8. V. 1880 R. I. 748 = E. I. 429; v. 5. VII. 1886 R. VIII. 514; v. 26. IX. 1887 R. IX. 467; und insbesondere v. 9. II. 1888 R. X. 120]; daß ferner ein dem Faustpfandrecht gleichzuachtendes Zurückbehaltungsrecht existiere in Braunschweig auf Grund des Braunschweiger Mobiliarpfandgesetzes vom 8. III. 1878 § 3 [Urteil des III. Str.-S. v. 29. IV. 1882 R. IV. 411 = E. VI. 321]; daß endlich in Bayern, trotzdem das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters durch das bayrische Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 aufgehoben worden sei, doch dem Vermieter gleichzeitig, durch Einräumung eines Vorrechtes anderen Gläubigern gegenüber, auch ein Zurückbehaltungsrecht dem Mieter gegenüber habe eingeräumt werden wollen [Urteil des I. Str.-S. v. 6. XI. 1884 R. VI. 695 = E. XI. 226]. Auf der anderen Seite hat das Reichsgericht entschieden, daß das Pfand- und Retentionsrecht des Vermieters aufgehoben und ein neues nicht wieder eingeführt worden sei in Hannover [hannöversches Gesetz vom 14. Dezember 1864: s. Urteil des III. Str.-S. v. 19. IV. 1882 R. IV. 358 = E. VI. 300] und in Mecklenburg [meckl. A. V. zur Konkursordnung vom 26. V. 1879 § 3: s. Urteil des III. Str.-S. v. 16. IV. 1883 R. V. 256]. — Die Frage ist in den letzteren beiden Ländern auch litterarisch lebhaft erörtert worden; vgl. für Hannover: Abickes, Pfandrechtliche Streitfragen, in der Zeitschr. für Hannöv. Recht Bd. 4 (1872) S. 124 ff., hier S. 152 ff.; Schneider, Das Perklusionsrecht des Vermieters an den vom Mieter eingebrachten Sachen, im Magazin für das deutsche Recht Bd. 2 S. 101—115; Stegemann, Das Retentionsrecht des Vermieters an den Sachen des Mieters im Bereiche des hannöverschen Gesetzes vom 14. Dezember 1864, ebenda S. 301—307 [S. 304 ff. Anmerkung der Redaktion]; für Mecklenburg: Altvater, Über das Zurückbehaltungsrecht an den Invekten und Illaten, in der Meckl. Zeitschr. III. (1883) S. 70—92; Goesch, Das Recht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters, ebenda S. 93—126; Bunsen, Zur Frage von dem Zurückbehaltungsrechte an den Invekten und Illaten, ebenda S. 212—217; Goesch, Noch einmal das Besitzergreifungsrecht des Vermieters bezüglich der eingebrachten Sachen des Mieters, ebenda S. 320 bis 325; Bunsen, Das gesetzliche Pfand- und Zurückbehaltungsrecht des Verpächters und Vermieters nach Reichs- und mecklenburgischem Landesrecht,

unzweifelhaft wieder der Strafdrohung des § 289 RStGB. verfällt.[81])

Zugleich aber verleiht der § 521 Absatz 2 in seinem zweiten Satze dem Vermieter das Recht, auch ohne Anrufung des Gerichts die Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen durch den Mieter zu hindern, und dieselben, wenn der Mieter das Grundstück räumt, in seine Inhabung zu nehmen.[82]) Das ist Selbsthilfe auf dem Wege der Eigenmacht;[83]) also eigentlich wegen des an sich unerlaubten Mittels selbst unerlaubt. Indem der § 521 Absatz 2 sie ausnahmsweise gestattet, entzieht er alle Handlungen, wodurch der Vermieter die Entfernung hindert, bezw. die Sachen in seine Inhabung nimmt, den Drohungen des Strafrechts, unter welche sie — man denke z. B. an die Paragraphen über Nötigung, Bedrohung, Erpressung — ohne eine derartige Bestimmung möglicherweise fallen könnten.

Rostock 1884. Vgl. auch noch W. Francke, Das Selbsthilferecht des Wohnungsvermieters in Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 20 S. 452 ff.; und Cretschmar, Das Pfand- bezw. Vorzugsrechts des Vermieters und Verpächters gegenüber einer Zwangsvollstreckung in die eingebrachten Sachen und Früchte, im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 64 S. 308 ff. — Die mecklenburgische Gesetzgebung hat inzwischen infolge jener reichsgerichtlichen Entscheidung das gesetzliche Pfand- und Zurückbehaltungsrecht des Vermieters wieder hergestellt durch die Verordnung vom 2. Februar 1884 zur Ergänzung der V. vom 26. Mai 1878 zur Ausführung der Konkursordnung (Meckl. Reg.-Bl. 1884 S. 17; vgl. v. Amsberg, Ausführungsverordnungen, 1. Heft S. 1011 ff.).

81) Über den bisherigen Stand der Frage vgl. die in der vorigen Note citierten Urteile des Reichsgerichts und dazu noch die weiteren Urteile des I. Str.-S. v. 28. VI. 1880 R. II. 131; des III. Str.-S. v. 26. II. 1881 R. III. 82; v. 25. V. 1881 R. III. 329 = E. IV. 198; v. 12. VI. 1884 R. VI. 421; v. 25. IV. 1887 R. IX. 284; des II. Str.-S. v. 7. XII. 1881 R. III. 770 = E. V. 190; v. 15. VI. 1883 R. V. 440 = E. VIII. 346; v. 16. IX. 1884 R. VI. 543 = E. XI. 81; des IV. Str.-S. v. 29. III. 1887 R. IX. 211 und v. 20. II. 1888 R. X 137.

82) Vgl. Goesch a. a. O. S. 122 sub 3; S. 329; S. 335 R. 28.

83) Die Eigenmacht verhält sich nach dem E. zur Selbsthilfe überhaupt so, daß sie ein mögliches Mittel der Selbsthilfe ist. Nicht jede Eigenmacht ist Selbsthilfe und nicht jede Selbsthilfe geschieht auf dem Weg der Eigenmacht.

b. Andere hieher gehörige Fälle erlaubter Selbsthilfe deute ich nur an durch Citierung der einschlägigen §§ 861, 907, 915 des Entwurfs.[84])

Bei einem Falle aber müssen wir noch etwas länger verweilen, nämlich

c. bei dem Falle des § 189 daselbst.

Der Entwurf ist davon ausgegangen,[85]) daß das Verbot der Selbsthilfe mittels unerlaubter Handlungen nur dann gerechtfertigt sei, wenn staatliche Hilfe zum Schutze des Rechtes bereit und gegenwärtig sei. Für den Fall also, daß obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen, andrerseits aber periculum in mora ist,[86]) gestattet der § 189 die Selbsthilfe, selbst mittels folgender an sich unerlaubter Handlungen:

mittels Wegnahme, Zerstörung und Beschädigung von Sachen und

mittels Nötigung des Verpflichteten zur Erfüllung seiner Verpflichtung.

---

[84]) Die Berechtigung aus § 861, vom Nachbargrundstück herüberragende Zweige oder Wurzeln eventuell selbst abzutrennen und die abgetrennten Stücke ohne Entschädigung sich zuzueignen, schützt vor Verurteilung z. B. wegen Sachbeschädigung, Diebstahl, Raub; die Berechtigung aus § 907, seinen ausgezogenen Bienenschwarm auf fremde Grundstücke zu verfolgen und dort, eventuell unter Öffnung fremder Bienenwohnungen und Herausnahme der Waben, einzufangen, schließt die Anwendung der §§ 123, 368 Z. 9, 240, 303 aus; der § 915, welcher dem Finder behufs Durchsetzung seiner Ansprüche auf Fundlohn u. s. w. ein Zurückbehaltungsrecht an der gefundenen Sache einräumt, entzieht ihn dem Bereich des etwa sonst anwendbaren § 240 StGB. und begründet gegen den Eigentümer eventuell die Anwendung des § 289 daselbst. Entschieden nicht hierher dürften gehören die §§ 1504, 1505, 1655, deren Subsummierung unter die Fälle der erlaubten Selbsthilfe die Motive S. 353 anregen. Einen Hauptfall dagegen der erlaubten Selbsthilfe bildet das Recht eigenmächtiger Pfändung, welches jedoch, soweit es sich um Privatpfändung wegen Schadenszufügung handelt, der Entwurf der Landesgesetzgebung überlassen will: Motive S. 354.

[85]) Vgl. Motive S. 354.

[86]) Nicht ein unwiederbringlicher Verlust, wie ihn das römische Recht verlangte — vgl. Windscheid, Pandekten § 123 N. 6 —, braucht zu drohen, Motive S. 355.

Damit hören also Diebstahl, Raub, Sachbeschädigung — Nötigung, Erpressung, Freiheitsentziehung, wenn sie zum Zweck der Selbsthilfe geschehen, unter den oben genannten Voraussetzungen und wenn nur der Berechtigte nicht weiter geht, als zur Abwendung der Gefahr notwendig ist,[87]) auf, strafbare Handlungen zu sein.[88])

Ich entnehme wiederum der Judikatur des Reichsgerichts einen Fall zur Illustration. Der K. hatte gegen den M. eine wohlbegründete Forderung für Kost und Logis im Betrage von 14 oder 15 Mark, konnte aber nicht zu dem Seinigen kommen. Eines Tages nahm M. bei einem Dritten 10 Mark 50 Pf. ein. K. verlangte von ihm das Geld, und als M. sich weigerte, warf er ihn zu Boden, zog ihm die Hand, in welcher er das Geld hielt, aus der Hosentasche, öffnete ihm die geschlossenen Finger der Hand und nahm das Geld an sich. Das Landgericht nahm einen Raub nicht, wohl aber eine Nötigung für gegeben an.[89]) Und das Reichsgericht verwarf die hiegegen ergriffene Revision der Staatsanwaltschaft. Der K., so argumentiert es, indem er dem M. gewaltsam das Geld wegnimmt, „handelt zwar insofern gegen die Rechtsordnung, als er sich eigenmächtig bezahlt macht . . . .; er verfolgt aber subjektiv nichts Rechtswidriges", weil er, soviel er wegnimmt, auch zu fordern hat. Es fehlte ihm also bei der Besitzergreifung die Absicht rechtswidriger Zueignung, und damit war der Thatbestand des Raubes ausgeschlossen. Der Thatbestand der Nötigung aber war immer noch gegeben, weil der K. den M. widerrechtlich durch Gewalt nötigte, die Wegnahme des Geldes zu dulden.

---

87) Absatz 2 des § 189.

88) Nur muß nach Abs. 3 und 4 des § 189 der Berechtigte Alles thun, um die Sache möglichst bald von dem eingeschlagenen Weg der eigenmächtigen Selbsthilfe wieder zurückzulenken in die Bahn geordneter Rechtshilfe.

89) Urteil des I. Str.-S. v. 17. VI. 1880 R. II. 73 = E. II. 184. — Ein weiterer zur Illustration der strafrechtlichen Bedeutung des § 189 E. sehr geeigneter Fall wäre der im Urteil des III. Str.-S. v. 18. VI. 1881 R. III. 416 entschiedene (Freiheitsentziehung als Mittel der Selbsthilfe).

Nach § 189 des Entwurfs würde — wenn wir noch supponieren, daß obrigkeitliche Hilfe nicht zur Stelle war und K. ohne sofortiges Eingreifen Gefahr lief, daß die Verwirklichung seines Anspruches vereitelt oder wesentlich erschwert werde — auch der Thatbestand der Nötigung ausgeschlossen gewesen sein, weil sie unter diesen Voraussetzungen als Mittel der Selbsthilfe erlaubt war.

Die Berechtigung, welche der Entwurf hiemit geschaffen, geht weit. Und es ist nicht zu verkennen, daß mit der Bestimmung des § 189 eine gewisse Diskrepanz geschaffen wird zwischen diesen Selbsthilfefällen und den Fällen einer Notstandshandlung. Die Straflosigkeit des Notstandes müssen wir immer noch auf bloße aequitas zurückführen. Der Notstand macht den Eingriff in die Rechtssphäre eines Dritten nicht zur erlaubten Handlung, ist also kein Schuld-, sondern nur ein Strafausschließungsgrund. Er ist überdies dann nicht einmal ein Strafausschließungsgrund, wenn es sich um den Schutz von anderen als den Rechtsgütern des Lebens und der leiblichen Unversehrtheit handelt. Sofort aber ergiebt sich dann im Vergleich mit unsrem § 189 das seltsame Resultat: Um irgend einen, wenn auch nur vermeintlichen, vermögensrechtlichen Anspruch zu verwirklichen, habe ich das Recht, Verbrechen gegen das Vermögen und gegen die persönliche Freiheit zu begehen. Um dagegen mich aus einer Gefahr für mir wirklich zustehende Rechtsgüter, wie etwa ein wertvolles Vermögensrecht oder meine persönliche Freiheit, zu retten, darf ich in die Rechtssphäre eines Dritten nicht eingreifen, sondern werde gestraft, wenn ich es thue. Ich darf viel weiter gehen juris (praesumtivi) persequendi als juris (existentis) servandi gratia! Und ferner: Während gegen eine auf Grund des § 189 geübte Selbsthilfe eine Notwehr nicht gestattet ist, darf gegen einen wie geschildert in Notstand Handelnden der Angegriffene jederzeit Notwehr üben, die selbst bis zur straflosen Vernichtung des Lebens des in Notstand Befindlichen gehen kann!

ad III.

Ich komme zu der dritten Gruppe von Berührungspunkten zwischen Civil- und Strafrecht: zu den Fällen, wo gleichlautende termini technici in beiden Rechtsgebieten verwertet werden. Unter den überaus zahlreichen Fällen, welche hieher gehören, wird sich kaum Einer auffinden lassen, wo nicht die Frage schon bestritten worden wäre, ob der betreffende Begriff für das Strafrecht und für das Civilrecht gleichheitlich zu bestimmen sei oder nicht. Nicht nur, daß man z. B. die Ausdrücke „kauft und verkauft" im Thatbestand des sog. Stimmenkaufs (§ 109 RStGB.) bald im civilrechtlichen, bald in einem davon verschiedenen „volkstümlichen" Sinn auffassen wollte.[90]) Nicht nur, daß man schon verschiedener Meinung darüber war, ob der „gesetzliche Vertreter", welchem der § 65 RStGB. das Antragsrecht verleiht, zusammenfalle mit dem „gesetzlichen Vertreter"

---

[90]) Vgl. Drenkmann, Über die Wahlvergehen, in Goltdammer's Archiv Bd. XVII. (1869) S. 168 ff. auf S. 178 (zu dem unsrem § 109 entsprechenden § 86 des preuß. StGB.): „Die Fassung hat zu der Annahme Veranlassung gegeben, daß die civilrechtlichen Bedingungen eines Kaufgeschäftes vorliegen müßten, daß also Geld und sogar ein pretium certum versprochen sein müsse, wenn das Gesetz Anwendung finden soll." Drenkmann, obgleich er diese Ansicht nicht teilt und mit guten Gründen bekämpft, hält wenigstens eine Änderung der „mangelhaften Ausdrucksweise" des Gesetzes, die ihren Grund in einer Übersetzung des art. 113 Code pénal habe [acheter ou vendre un suffrage], für geboten. Vgl. dagegen Olshausen, Kommentar zu § 109 sub 1: „Die dem volkstümlichen Sprachgebrauche entlehnte Ausdrucksweise des Gesetzes nötigt nicht dazu, die civilistischen Grundsätze vom Kaufe zur Anwendung zu bringen; so die gemeine Meinung, insbes. RG. I. 3. IV. 1882 E. VI. 194." Hälschner, Gemeines Strafrecht II. S. 786, 787: „Wenn das Gesetz den für strafbar erklärt, welcher in einer öffentlichen Angelegenheit eine Wahlstimme kauft oder verkauft, so ist dies eine dem gewöhnlichen Leben entnommene Ausdrucksweise, und der Thatbestand des Vergehens hat keineswegs einen Kauf im civilrechtlichen Sinn des Wortes zur Voraussetzung. So viel aber ergiebt sich aus der Fassung des Gesetzes, daß der Thatbestand ein Übereinkommen eines Wählers mit anderen Personen erfordert." — S. noch die korrektere Fassung in § 213 Konk.-O. und art. 249 e des Aktiengesetzes vom 18. VII. 1884.

des Civilrechts (und Civilprozesses) oder nicht,[91]) und daß man heute noch darüber streitet, ob und bezw. inwieweit die vom

[91]) Während das deutsche Reichsgericht im Anschluß an die communis opinio der Theorie die Ansicht vertritt, daß, wer der gesetzliche Vertreter im Sinn des § 65 StGB. sei, nach den Civilgesetzen beurteilt werden müsse: vgl. Urteil des II. Str.-S. vom 16. IV. 1880 R. I. 607 = E. I. 370; des I. Str.-S. vom 7. VI. 1880 R. II. 36; die Kommentare zu § 65 von Rüdorff (sub 2), Schwarze (sub 6), Olshausen (sub 5) — war dagegen insbesondere die bayrische Praxis von jeher geneigt, sich hinsichtlich des Begriffes des „gesetzlichen Vertreters" für das Strafrecht nicht zu streng an das Civilrecht zu binden. So hatte schon zur Zeit des bayr. StGB. von 1861 (zu art. 88, 237, 239 daselbst) der oberste Gerichtshof in einem Erkenntnis vom 29. I. 1864 der natürlichen Mutter des an seinem Körper verletzten Kindes, nachdem sie „die nächste Blutsverwandte ihres unehelichen Kindes ist, nachdem sie zunächst für die Pflege und Erziehung desselben zu sorgen hat", und ihr also die Pflicht obliegt, seine Person vor jedem Angriff zu sichern, was natürlich auch das Recht nach sich ziehe, „die nötigen Vorkehrungen zu diesem Ende zu treffen und eintretenden Falles Genugthuung zu verlangen", die Qualität als gesetzliche Vertreterin ihres Kindes „in Strafsachen" zugesprochen, obgleich die Staatsanwaltschaft geltend gemacht hatte, daß nach Maßgabe des einschlägigen Civilrechts „als der gesetzliche Vertreter dieses Kindes dessen Vormund, nicht aber dessen außereheliche Mutter zu betrachten sei" (vgl. Zeitschr. f. Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern Bd. XI. [1864], Abteilung für Strafrecht, S. 18). Vgl. die auf ähnlichen, rein thatsächlichen, Erwägungen beruhenden Erkenntnisse des obersten Gerichthofes vom 29. IV. 1864 ebenda S. 109 und des Bezirksgerichts Regensburg vom 20. VII. 1867 in Stenglein's Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft Bd. VI. S. 47. Und bei dieser Auffassung ist die bayrische Praxis geblieben auch unter der Herrschaft des RStGB. So wird in einem Urteil des bayr. Kassationshofes vom 29. III. 1873 (bei Stenglein XII. 260) zwar anerkannt, „daß nach dem einschlägigen Civilrecht und nach allgemeiner Praxis die Geltendmachung von Rechten und Ansprüchen unehelicher Kinder gegen Dritte, überhaupt die Vertretung unehelicher Minderjähriger in Rechtssachen ausschließlich dem Vormund zustehe" (dies übersieht Olshausen zu § 65 sub 5a); gleichwohl aber wird die uneheliche Mutter neben dem Vormund als gesetzliche Vertreterin ihres Kindes im Sinne des Strafrechts zugelassen, in der Erwägung, daß „die Mutter die Pflege und Erziehung ihres minderjährigen außerehelichen Kindes behält", womit „selbstverständlich die Pflicht verbunden ist, nicht bloß für das leibliche, sondern auch für das sittliche Wohl des ihr anvertrauten Kindes zu sorgen und diesem Wohl drohende Gefahren abzuwenden, sowie dem entsprechend das Recht, gegen gleichwohl eintretende Verletzungen der physischen

Strafrecht verwerteten Begriffe von Verwandtschaft und Schwägerschaft,[92]) von Adoptiv- und Pflegeeltern und -Kin-

---

oder moralischen Integrität des Kindes, wenn solche in das strafrechtliche Gebiet fallen, die Strafgewalt des Staates anzurufen." Ganz auf dem nämlichen Standpunkt aber steht endlich das Urteil des Appellationsgerichts München vom 7. VI. 1878 (bei Stenglein XVIII. 83), welches Olshausen, Komm. zu § 65 sub 5 b. β, irrtümlicher Weise für den entgegengesetzten Standpunkt vindiziert. Auch hier wird anerkannt, daß Berechtigung und Verpflichtung zur Antragstellung für das minderjährige Kind einer Wittwe eigentlich dem Vormund zustehe, der Mutter aber gleichwohl ein Antragsrecht neben ihm um so mehr eingeräumt, als der Vormund im vorliegenden Fall lediglich im Hinblick auf den von der Mutter bereits gestellten Antrag seine eigene Antragstellung unterlassen habe. — Welche Personen nach unsrem Entwurf als „gesetzliche Vertreter" der Körperschaften und der Stiftungen, der Hauskinder, der Mündel und Pfleglinge, des Erben und des Nachlasses zu erachten seien, ergeben die §§ 44, 61, 1503, 1649, 1728, 1743, 1903, 2060 daselbst. Durch sie also wird, wenn — wie anzunehmen: s. unten zu N. 117 — der Begriff des „gesetzlichen Vertreters" auch im Strafrecht aus dem Civilrecht zu entnehmen ist, künftighin nicht blos der § 50 CPrO., sondern auch der § 65 Abs. 2 StGB. substantiiert.

[92]) Die Entscheidung für die civilrechtliche oder aber für eine vom Civilrecht unabhängige „natürliche" Bestimmung dieser Begriffe ist bedingend für die Beantwortung der in der Praxis der Strafgerichte bei Anwendung der §§ 52 [54, 213, 232 Abs. 2, 247, 257 Abs. 2 u. 3, 258 i. f., 263 Abs. 4, 292 Abs. 2, 303 Abs. 4], 173, 215, 223 Abs. 2, 247 Abs. 2, 370 Z. 5 RStGB. immer wieder auftauchenden Fragen, ob unter den „Verwandten" nur die auf ehelicher oder auch die auf unehelicher Abstammung gegründete Verwandtschaft zu verstehen sei, und ob, wenn letzteres zu bejahen, die uneheliche Verwandtschaft auch im Strafrecht nur soweit reiche, wie im Civilrecht? und ferner, ob die Gründe, aus welchen ein Schwägerschaftsverhältnis für das Gebiet des Civilrechts beendet wird, auch für das Strafrecht den Begriff „Verschwägerte" beseitigen? Über die verschiedenen Ansichten vgl. die Kommentare zu § 52 RStGB. von Rüdorff-Stenglein sub 6; Oppenhoff sub 13; Olshausen sub 18 und 19; das Lehrbuch von Schütze (2. Aufl.) § 73 N. 7; und ganz besonders das Handbuch von Binding I. § 152 N. 92 und 93. Aus der Judikatur des RG. gehören hierher die Urteile des III. Str.-S. vom 7. IV. 1880 R. I. 548 [Schwägerschaft]; des II. Str.-S. v. 21. IX. 1880 R. II. 223 = E. II. 239 [Verwandtschaft]; des I. Str.-S. v. 1. XII. 1881 R. III. 758 = E. V. 200 [Schwägerschaft]; v. 19. III. 1883 R. V. 188 [Schwägerschaft]; v. 17. X. 1883 R. V. 613 [Verwandtschaft und Schwägerschaft]; des III. Str.-S. v. 28. I.

dern[93]) aus dem Civilrecht zu entnehmen seien.[94]) Nein, selbst die Bestimmung des Begriffes der „fremden" Sache (StGB.

1884 R. VI. 54 = E. X. 117 [Schwägerschaft]; des I. Str. v. 19. II. 1885 R. VII. 130 [Schwägerschaft].

[93]) Die Frage wird im Strafrecht wiederum wichtig für die Begriffsbestimmung der Angehörigen nach § 52, außerdem für den Thatbestand des § 174 Z. 1 RStGB. Die communis opinio geht dahin, daß der Begriff der „Adoptiv-Eltern und -Kinder" streng civilrechtlich, der der „Pflegeeltern und -kinder" rein thatsächlich aufzufassen sei. Vgl. den Kommentar von Olshausen zu § 52 sub 21 und die dort Citierten; das Lehrbuch von H. Meyer, 4. Aufl., § 28 N. 23; das Handbuch von Binding I. S. 787 N. 94. Andrer Ansicht hinsichtlich der Pflegeeltern ist die Judikatur des RG. Der II. Str.-S. hat in einem Urteil vom 17. XII. 1880 R. II. 646 = E. III. 124 bezüglich dieses Begriffes ausgesprochen, nichts im StGB. lasse erkennen, „daß hier ein allgemeiner je nach Lage der Landesgesetzgebung von der civilistischen Sprachweise abweichender Begriff hat aufgestellt werden sollen. Im Gegenteil läßt die Zusammenstellung, in der die Pflegeeltern sowohl in § 174 als in § 52 mit einer Reihe anderer Personen erscheinen, welche zweifellos, wie z. B. die Adoptiveltern, Vormünder, Verlobte u. s. w., nach der Begriffsbestimmung der einschlagenden Landesgesetzgebung beurteilt werden müssen, den Schluß gerechtfertigt erscheinen, daß dieses auch hier der Fall sein soll." Und trotzdem dieser Rechtsansicht gegenüber die Reichsanwaltschaft ihrem Bedenken Ausdruck gab, daß durch sie eine „große Rechtsungleichheit in Deutschland" hervorgerufen werde, „indem genau die gleiche That hiernach an einem Orte als Mißbrauch des Pflege-Verhältnisses gestraft wird, am andern nicht", so hat das RG. an derselben doch festgehalten und sie nur dahin näher präzisiert, daß, wo die Landescivilrechte die Begründung eines Pflegeeltern-Verhältnisses an gewisse Bedingungen knüpfen, diese auch für das Strafrecht festgestellt werden müssen, und nur wo (wie im sächsischen und französischen Recht) solche landesgesetzliche Bestimmungen fehlen, ein rein thatsächliches Pflege-Verhältnis für die Anwendbarkeit der §§ 52, 174 StGB. genüge: vgl. Urteil des I. Str.-S. v. 27. IV. 1882 R. IV. 395 = E. VI. 233; des III. Str.-S. v. 28. X. 1882 R. IV. 773; des I. Str.-S. v. 11. II. 1884 R. VI. 101. Da der Entwurf keine Bestimmungen über Pflegeeltern-Verhältnis enthält (die §§ 1738 ff. über „Pflegschaft" betreffen vielmehr das der Vormundschaft analoge Verhältnis, welches der § 34 Z. 6 RStGB. mit dem „Kurator" im Auge hat: vgl. Olshausen zu § 34 sub 7 a), so wird dasselbe also künftig auch nach der Judikatur des RG. in Strafsachen als ein rein thatsächliches aufzufassen sein.

[94]) Andere hieher gehörige Begriffe sind z. B. noch:

§§ 242, 246, 249, 289, 303, 305, 308, 370 Z. 1), dessen Zugehörigkeit zum Civilrecht man für unbestreitbar halten sollte,

---

1. **Besitz und Gewahrsam:** RStGB. §§ 168, 246 (242), 367 Z. 1; Sprengstoffgesetz vom 9. Juni 1884 §§ 1, 2, 7, 8, 9.

Vgl. bezüglich des StGB.: Merkel in v. Holtzendorff's Handbuch III. S. 638: „Bei wem nun ist der Gewahrsam? Die Meisten nehmen hier ihre Zuflucht zu den nahe liegenden Begriffen des Privatrechts. ..... Entscheidend soll sein, ob im Sinn des letzteren beim Delinquenten oder beim Verletzten eine detentio gegeben war. In dem StGB. liegt jedoch hier keine (direkte oder indirekte) Hinweisung auf das Civilrecht, und die Natur der Sache weist uns offenbar darauf hin, strafrechtliche, nicht civilistische Gesichtspunkte für die Abgrenzung des Diebstahls zu gewinnen." S. ferner Goltdammer in seinem Archiv IV. S. 769 ff. (Über den Thatbestand des schweren Diebstahls an Sachen, welche eine blödsinnige Person oder ein Kind an oder bei sich führt); Hälschner, System II. S. 424, 429 Anm. 1; Derselbe, Gemeines Strafrecht II. S. 348; die Lehrbücher von Berner 14. Aufl. S. 503; von v. Liszt 2. Aufl. § 96 sub III.; von H. Meyer 3. Aufl. § 104 sub 4; die Kommentare von Oppenhoff zu § 242 sub 16, zu § 246 sub 24; Rüdorff zu § 242 sub 5; den Aufsatz von Rotering, Über den Gewahrsam im Sinne des § 242 des StGB., im Gerichtssaal XXXV. S. 351 ff.; endlich die Urteile des RG. III. Str.-S. v. 19. VI. 1880 E. II. 332 und II. Str.-S. v. 13. XII. 1881 R. III. 794 = E. V. 222. — Bezüglich des Sprengstoffgesetzes vgl. die konstante Judikatur des RG., wonach es nicht zweifelhaft ist, „daß unter dem Ausdruck „im Besitz" von Sprengstoffen „betroffen werden" lediglich das thatsächliche Verhältnis der Innehabung, die faktisch ausgeübte Gewaltherrschaft über die fraglichen Stoffe gemeint ist, ohne daß es auf weitere Unterscheidungen nach der juristischen Beschaffenheit des dem Innehaber zustehenden Besitzschutzes innerhalb der Sphäre des bürgerlichen Rechtes ankommt"; wonach, wie es an anderer Stelle heißt, sowohl die Bestimmungen des Gesetzes selbst in ihrem Zusammenhang, als auch die von den Regierungen dem Gesetzentwurf beigegebenen Motive deutlich erkennen lassen, „daß in dem Gesetze das Wort „Besitz" nur in seinem natürlichen thatsächlichen Sinne und nicht in der technisch-civilrechtlichen Bedeutung hat verstanden werden sollen." S. im Einzelnen die Urteile des III. Str.-S. v. 26. II. 1885 R. VII. 147 = E. XII. 73; des I. Str.-S. v. 8. VI. 1885 R. VII. 358 = E. XII. 244; des IV. Str.-S. v. 12. VI. 1885 R. VII. 379 = E. XII. 256; v. 30. X. 1885 R. VII. 628. — Vgl. schließlich noch über die Bedeutung von Besitz und Gewahrsam in §§ 710, 712, 713 CPO. die Entscheidungen des RG. in Civilsachen Bd. IX. S. 427.

2. **Minderjährigkeit:** RStGB. §§ 65, 235, 237, 301, 302.

Vgl. Bericht der Kommission für das Justizwesen im Hause der Abge-

hat man ihm nehmen wollen, indem man annahm, es gebe ein vom civilrechtlichen verschiedenes strafrechtliches Eigentum. In

---

ordneten über den Entwurf eines Gesetzes, betreffend das unerlaubte Kreditgeben an Minderjährige, in Goltdammer's Archiv V. S. 109 ff. S. 121: „Von der einen Seite wird angenommen, daß die Anwendung des Gesetzes nur bei denjenigen Minderjährigen ausgeschlossen gelten könne, welche für majorenn erklärt (§§ 713 ff. T. II. Tit. 18 ALR.) oder, was dem gleich stehe, aus der väterlichen Gewalt entlassen seien (§§ 216, 218 T. II. Tit. 2 a. a. O.); von anderer Seite, daß das Gesetz auch auf alle diejenigen Geschäfte unanwendbar sei, zu deren selbständigem Abschluß der Minderjährige, wenngleich er veniam aetatis noch nicht erlangt, nach den bestehenden Gesetzen berechtigt gewesen sei, also z. B. im Falle einer unter vormundschaftlicher Genehmigung angestellten eigenen Wirtschaft (§ 20 T. I. Tit. 5 des ALR.)"; letztere Ansicht wurde nach S. 141 daselbst von der Kommission adoptiert. Dagegen ist man jetzt dahin einverstanden, daß die Frage der Minderjährigkeit streng nach den für die Statusverhältnisse maßgebenden Civilgesetzen zu beurteilen sei: vgl. die Kommentare von Schwarze zu § 235 sub 1; Oppenhoff zu § 235 sub 2, zu § 301 sub 2; Olshausen zu § 65 sub 4, zu § 235 sub 3 a, zu § 237 sub 3 a, zu § 301 sub 1. Über den Einfluß einer Großjährigkeitserklärung speziell Olshausen zu § 65 sub 4; A. Merkel in v. Holtzendorff's Handbuch III. S. 847; aber auch Freudenstein, Wucher S. 163. — Die maßgebenden Vorschriften des Civilrechts würden in Zukunft die §§ 25, 26 E. enthalten.

3. **Schuldscheine, Wechsel, Empfangsbekenntnisse, Bürgschaftsinstrumente u. s. w. ausstellen; Zahlungsversprechen erteilen:** RStGB. § 301 ff.

Vgl. den in der vorigen Note citierten Kommissionsbericht S. 114: „Ein anderes Bedenken gegen die Fassung des Entwurfs wird von einem Mitglied der Kommission insofern geltend gemacht, als dasselbe annimmt, man dürfe nur diejenigen Geschäfte für strafbar erklären, welche mit Minderjährigen „ohne Genehmigung ihres Vaters oder Vormundes" abgeschlossen seien. Diesem Vorschlage wurde indeß von anderer Seite widersprochen, weil es vorliegend nur darauf ankomme, einen in strafrechtlicher Beziehungen genügenden Thatbestand aufzustellen und die civilrechtlichen Verhältnisse dabei außer Erörterung zu lassen seien." In letzterem Sinne für das geltende Recht: A. Merkel a. a. O.; Olshausen zu § 301 sub 2 und 5. S. auch Urteil des III. Str.-S. des RG. vom 18. II. 1882 R. IV. 171 = E. VI. 47.

4. **Verlobte:** RStGB. § 52 [54, 213. 232, 247, 257, 258, 263, 292, 303].

Während in dem Urteil des II. Str.-S. des RG. v. 17. XII. 1880

einem Urteil des früheren bayrischen Bezirksgerichts zu Windsheim vom Jahr 1863[95]) war folgender Fall zu entscheiden: Die

---

R. II. 646 = E. III. 124 gesagt war, daß der Ausdruck „Verlobte" im StGB. „zweifellos" nach der Begriffsbestimmung der einschlagenden Landesgesetzgebung beurteilt werden müsse (vgl. oben N. 93), ist in dem Urteil des III. Str.-S. vom 28. I. 1884 R. VI. 50 = E. X. 117 und besonders ausführlich in einem Urteil des nämlichen Strafsenats vom gleichen Tage R. VI. 54 die Ansicht begründet, daß sowohl für die citierten §§ des StGB., als für die §§ 51 Z. 1 StPO. und 348 Z. 1 CPO. der Ausdruck „Verlobte" nicht im technisch-juristischen Sinn zu verstehen sei, sondern im Anschluß an den allgemeinen Sprachgebrauch diejenigen Personen bezeichnen wolle, welche sich gegenseitig ein ernstlich gemeintes Eheversprechen gegeben haben, ohne daß etwaige Formvorschriften des Civilrechts gewahrt sein müßten. S. auch noch Olshausen zu § 52 sub 24 und die dort Citierten.

5. **Uneheliches Kind:** RStGB. § 217.

Vgl. Goltdammer, Materialien zum preuß. StGB. II. S. 381, wo uns berichtet wird, daß nach öfterer Erörterung der Staatsrat entschieden habe, „daß die Feststellung dieses Begriffes lediglich dem Civilrechte angehöre, und das Kriminalrecht daran nichts ändern dürfe." So auch in Goltdammer's Archiv V. S. 748. Dagegen hat schon das preußische Ober-Tribunal in einem Urteil vom 23. Januar 1877 (in Goltdammer's Archiv XXV. S. 146) ausgesprochen, daß „der Begriff der Unehelichkeit ein überwiegend thatsächlicher" ist. Und so ist man auch in der Theorie jetzt im Allgemeinen darüber einig, nicht nur daß die civilrechtlichen Präsumtionen und Fiktionen bezüglich der Ehelichkeit eines Kindes für die Auslegung des § 217 StGB. nicht maßgebend sind — das verbietet schon das Wesen des Strafprozesses: vgl. meinen Aufsatz über das Offizialverfahren im Civilprozeß in der Z. S. f. D. CPr. VII. S. 222 und das Urteil des II. Str.-S. des RG. vom 8. VI. 1880 R. II. 41 = E. I. 446 — sondern auch die Einschränkungen des natürlichen Begriffs durch civilrechtliche Begriffsbestimmungen den Strafrichter nicht binden. Gleichwohl streitet man sowohl darüber, ob ein in nichtiger Ehe gebornes Kind als ein uneheliches im Sinn des § 217 StGB. zu betrachten sei, als auch darüber, ob eine legitimatio per subsequens matrimonium das unehelich erzeugte Kind für das Strafrecht zum ehelichen mache und die Anwendbarkeit des § 217 StGB. ausschließe: vgl. v. Holtzendorff in seinem Handbuch III. S. 450; Schütze, Lehrbuch § 82 zu N. 6; Hälschner, Gemeines Strafrecht II. S. 60; Merkel, Artikel „Kindsmord" in v. Holtzendorff's Rechtslexikon II. S. 451; Olshausen, Kommentar zu § 217 sub 2. Ein in nichtiger Ehe geborenes Kind erachtet als ein eheliches — trotz ALR. II. 2 §§ 50 ff. — das oben citierte Urteil des RG.

[95]) Mitgeteilt bei Stenglein II. S. 64.

Ehefrau des Ökonomen P. zu W. hatte an den Obsthändler N. die hängenden Früchte eines in ihrem Garten befindlichen Birnbaums um 3 Gulden verkauft und ein Draufgeld von 30 Kreuzern empfangen. Die Ableerung des Baumes sollte nach dem Wunsche der Verkäuferin wo möglich noch am nämlichen Tage geschehen. Der Obsthändler N. konnte dieselbe jedoch erst am zweitfolgenden Tage vornehmen und fand, als er sich zu diesem Zweck an Ort und Stelle begab, daß der Baum inzwischen bereits teilweise abgeleert war. Es stellte sich heraus, daß zwei Kinder der Verkäuferin — die 17jährige Sophie P. und der 12jährige Andreas P. — die fehlenden Birnen in der Zwischenzeit herabgenommen hatten. Die erste Instanz hatte wegen Diebstahls verurteilt. Die hiegegen ergriffene Berufung, welche sich darauf stützte, daß nach dem einschlägigen Landesrechte die vom Baume noch nicht getrennten Birnen den Eigentümern des Baumes gehört hätten, und damit das Begriffserfordernis der „fremden" Sache gefehlt habe, wurde vom Bezirksgericht verworfen „und zwar um deswillen, weil vor Allem der Begriff „fremde Sache" in art. 271 StGB. [entsprechend dem § 242 RStGB.] mehr von der faktischen Seite, nach dem vulgären, nicht nach dem streng civilrechtlichen Begriffe aufzufassen sei. Im gegebenen Falle habe sich durch den rechtsgültigen, den P.'schen Kindern bekannten, Vertragsabschluß, durch die Aufforderung zur wo möglich sofortigen Abnahme der Birnen und die Annahme eines Daraufgeldes seitens ihrer Mutter bei den Angeschuldigten das natürliche Bewußtsein geltend machen müssen, daß die Früchte damit aufgehört hätten, ihren Eltern zu gehören, daß sie eine fremde Sache geworden seien."[96]) Dies Urteil ist nun freilich 25 Jahre alt.

---

[96]) Andere Beispiele aus der Praxis des preußischen Ober-Tribunals, welches wenigstens bei der Unterschlagung die civilrechtlichen Eigentumsbestimmungen nicht als bindend ansehen wollte, sondern die Frage, was eine „fremde" Sache sei, „ohne Rücksicht auf jene, nach einem speziell für die hier angeblich hervortretenden Bedürfnisse konstruierten Eigentumsbegriffe" beantwortete, s. bei A. Merkel in v. Holtzendorff's Handbuch III. S. 694 N. 8.

Aber auch in einem unserer neuesten und besten Kommentare zum RStGB.[97]) lesen wir noch: „Der Begriff der fremden Sache regelt sich bei Unterschlagung so wenig, wie bei Diebstahl, ausschließlich nach civilrechtlichen Normen.“[98]) Nur in einem einzigen Fall scheint man von jeher und auch jetzt noch es allseitig als zweifellos zu betrachten, daß das Strafrecht eine vom Civilrecht abweichende Begriffsbestimmung aufzustellen habe: ich meine bezüglich des Begriffes „bewegliche“ Sache (§§ 242, 246, 249, 289 StGB.). „Die Sache muß beweglich sein,“ bemerkt Olshausen zum Diebstahlsparagraphen, „d. h. wie einstimmig angenommen wird, beweglich im natürlichen, nicht im civilrechtlichen Sinn“; es könnten daher auch Teile des Grund und Boden, hängende Feld- und Gartenfrüchte, auf dem Stamm stehendes Holz, Gebäudeteile gestohlen werden, obgleich sie keine beweglichen Sachen im civilrechtlichen Sinne seien.[99]) Ich kann nicht umhin, auch hier die Einstimmigkeit zu stören. Alle diese Sachen sind in dem Moment, wo sie gestohlen, d. h. weg-

[97]) Rüdorff-Stenglein zu § 246 sub 7.

[98]) Gegen ein besonderes s. g. strafrechtliches Eigentum und für die strikte Geltung der civilrechtlichen Normen für den Begriff der „fremden“ Sache im Strafrecht s. insbes. A. Merkel a. a. O., Olshausen zu § 242 sub 5, zu § 246 sub 3, Rotering im Gerichts-Saal XXXV. S. 353 und die konstante Judikatur des RG. Aus letzterer vgl. insbes. Urteil des II. Str.-S. v. 18. XII. 1883 R. V. 792 vv.: „Zu Unrecht deduziert die Revision, die Frage des Eigentums könne nicht nach den Regeln des Civilrechts, sondern nur „im strafrechtlichen Sinn“ geprüft werden. Das Strafrecht behandelt die Eigentumsfrage gar nicht, ein strafrechtliches Eigentum existiert nicht. Die Frage des Eigentums konnte daher nur nach Maßgabe der einschlagenden Civilgesetze beurteilt werden.“

[99]) Zu § 242 StGB. sub 4. Vgl. noch Goltdammer, Materialien II. 458; Hälschner, System II. 424; die Lehrbücher von Berner (14. Aufl.) S. 501; H. Meyer § 103 sub 3; v. Liszt § 96 sub II. 3; die Kommentare von Rüdorff ad § 242 sub 4, Oppenhoff zu § 242 sub 13, 14; den Aufsatz von Rotering im Gerichtssaal XXXV. S. 355 vv.: „Auch in Beziehung auf die Eigenschaft des Diebstahlsobjektes als einer „beweglichen Sache“ hatte schon das kgl. Obertribunal (Erk. vom 18. Januar 1854, Goltdammer II. 257) die Entscheidung gefällt, daß der Begriff „rein körperlich und nicht nach den Bestimmungen des Civilrechts aufzufassen“ sei.“

genommen werden, bewegliche Sachen auch im Sinne des Civilrechts; das Civilrecht hat den nämlichen „natürlichen" Begriff der beweglichen Sache wie das Strafrecht; wie es denn sogar, dieser natürlichen Auffassung folgend, selbst Bestandteile einer unbeweglichen Sache dann schon als bewegliche betrachtet und behandelt, wenn dieselben auch nur bestimmt sind, demnächst von der unbeweglichen Sache losgetrennt zu werden.[100])

---

[100]) Der Diebstahl an einem Bestandteil einer unbeweglichen Sache vollzieht sich erst in dem Moment, wo die Sache „weggenommen" wird; in diesem Moment muß sie aber bereits aufgehört haben, Bestandteil der unbeweglichen Sache zu sein, und ist dann bewegliche Sache auch im Sinn des Civilrechts. Vgl. Windscheid, Pandekten § 139 N. 3. So heißt es in der l. 58 (57) D. de furtis 47, 2 [Alfenus] bereits vollkommen richtig: Si cretae fodiundae causa specum quis fecisset et cretam abstulisset, fur est: non quia fodisset, sed quia abstulisset: nicht in der Einwirkung auf die unbewegliche Sache, welche einen Bestandteil von ihr loslöst, liegt der Diebstahl, sondern in dem Wegnehmen des losgelösten, und damit zur beweglichen Sache gewordenen, Bestandteils. So drückt sich auch schon Wächter in seinem Lehrbuch II. (1826) S. 188 N. 42 ganz korrekt aus, wenn er sagt: „Übrigens ist es natürlich gleichviel, ob die Sache an sich zuvor beweglich war oder es durch die Entwendung vermittels Trennung von einer unbeweglichen Sache wurde." Vgl. endlich auch Marezoll, Deutsches Kriminalrecht, 3. Ausg. 1856, § 131 N. 4: „Übrigens genügt es, wenn nur die Sache, unmittelbar vor der diebischen Kontrektation und zum Zwecke derselben, von der unbeweglichen, zu der sie bisher als Teil gehörte, losgetrennt und dadurch in eine bewegliche verwandelt worden ist." — Sollte man übrigens auch der Ansicht sein: beim Diebstahl eines Bestandteils einer unbeweglichen Sache beginnt die Diebstahls-Handlung, das Wegnehmen, schon mit der Thätigkeit des Loslösens des zur Zeit civilrechtlich noch als unbewegliche Sache zu betrachtenden Bestandteils; gleichwohl nehme das Strafrecht an, daß die Handlung bereits an einer „beweglichen" Sache vorgenommen werde, weil der Dieb schon bei der Thätigkeit des Loslösens die zu stehlende Sache als eine res mobilis futura betrachte und behandle: so würde immerhin auch damit das Strafrecht noch nicht vom Civilrecht sich lostrennen. In einem Fall, welchen wir in Seuffert's Archiv XXVI. 6 (nicht XXV. 6, wie Windscheid § 139 N. 3 citiert) erzählt finden, handelte es sich darum, daß ein Hausvater, um Geld behufs Bezahlung einer Erbschaftsschuld zu beschaffen, auf Grund der l. 8 § 4 C. de bon. quae liberis 6, 61 Bäume auf dem Stamm, welche zu den bona materna seiner Kinder gehörten, als schlagbar verkauft hatte. Da nun die l. 8 § 4 cit. ihm solchen Verkauf zu-

So sehen wir denn auf diesem Berührungsgebiete überall Kontroversen. Und gegenüber all' diesen Kontroversen ist der Versuch, Grundsätze für eine einheitliche Lösung derselben aufzustellen, kaum noch gemacht worden.[101]) Wissenschaft und Praxis

---

nächst nur ex rebus hereditariis mobilibus gestattet, so fragte es sich, ob diese Bäume auf dem Stamm, obgleich bis zur Trennung Bestandteile des Grund und Bodens, als res mobiles betrachtet werden könnten. Das OAG. zu Oldenburg bejahte diese Frage (B. 58 von 1870) mit folgender Argumentation: „Hat gleich das Trennen der Bäume vom Boden, wenn auch der Zeitpunkt ihrer bestimmungsmäßigen Trennung bereits gekommen ist, rechtlich noch immer zunächst gerade die Bedeutung, das Objekt des Verkaufes erst zur Existenz zu bringen, so wird es doch im Verkehrsleben eigentlich nur noch als das notwendige Mittel zur Fortschaffung des bereits existierenden Verkaufsobjekts aus dem Gewahrsam des Verkäufers angesehen. Selbst juristisch betrachtet, ist jedoch der Verkauf von Holz auf dem Stamme immer kein Verkauf einer res immobilis, sondern der Verkauf einer erst zu schaffenden, zur Zeit noch nicht existierenden, res mobilis, einer res mobilis futura." Aus ähnlichen Erwägungen hat auch das OAG. München in einem Urteil vom 18. Mai 1864 (Blätter f. Rechtsanw. XXX. S. 94 ff.) die Entscheidung gefällt, der Verkauf eines Gebäudes auf Abbruch sei Verkauf von beweglichen Sachen (wichtig wegen der eventuellen Notwendigkeit notarieller Verlautbarung des Vertrages auf Grund des Notariatsgesetzes). Ja ein weiteres Erkenntnis des OAG. zu Oldenburg (A. 10 von 1870, Seuffert's Archiv XXIV. 209) hat sogar angenommen, daß bereits durch Pfändung von Früchten auf dem Halm dieselben „mobilisiert" würden, daher ihr exekutorischer Verkauf als Verkauf von res mobiles zu behandeln sei. Vgl. endlich hieher auch noch das Urteil des II. C.-S. des RG. vom 15. IV. 1887 E. XVII. 323.

[101]) Ich fand allgemeinere Aussprüche nur seitens der Praxis. In einem Urteil des preußischen Obertribunals vom 25. Juni 1874 (bei Stenglein XIV. 164) heißt es: „Die Terminologie und Begriffsbestimmungen, welche in den bestehenden Landesgesetzen eines einzelnen Bundesstaates vorkommen, können als Normen für die Auslegung der Vorschriften des deutschen StGB. überhaupt und an und für sich nicht in betracht kommen, wenn nicht die Satzungen dieses Gesetzbuches, der dabei erstrebten Einheit zuwider, der verschiedensten Auslegung je nach den Bestimmungen der einzelnen Landesgesetze unterworfen sein sollen. Am wenigsten können Definitionen, welche sich in dem Civilrechte eines Landesgesetzes vorfinden, und gerade diesem eigentümlich sind, wie es bei den vom Imploranten angerufenen Stellen des A. Pr. LR. der Fall ist, dabei maßgebend sein. Die Vorschriften des StGB. sind vielmehr wesentlich nur aus diesem selbst zu erklären, und

beschränken sich darauf, von Fall zu Fall zu entscheiden, ob in concreto das Strafrecht die civilrechtliche Wortbedeutung zu adoptieren habe oder nicht.

Der hiebei für die verneinende Entscheidung am häufigsten verwertete Grund: daß bei der Verschiedenheit der Civilgesetze in Deutschland ein Zurückgehen auf die civilrechtliche Bedeutung solcher gemeinsamer Begriffe die durch das Reichsstrafgesetzbuch angestellte Rechtseinheit wieder zerstören würde,[102]) bewies schon

---

es müssen daher auch seine Wortbegriffe, dem Zweck des Strafgesetzes gemäß, stets so aufgefaßt werden, wie sie dem gewöhnlichen Leben am nächsten stehen." Dagegen hat der IV. Str.-S. des deutschen Reichsgerichts im Urteil v. 12. VI. 1885 R. VII. 380 den Ausspruch gethan: es sei „im Allgemeinen zuzugeben, daß da, wo es für den Thatbestand strafbarer Handlungen auf rein privatrechtliche Begriffe und Rechtsverhältnisse, wie z. B. Kauf, Miete, Eigentum, ankommt, der Regel nach auf das bürgerliche Recht zurückzugehen ist" (vgl. jedoch wegen des Kaufs oben N. 90 und unten N. 116). Endlich der II. Str.-S. hat in dem Urteil v. 8. VI. 1880 (vgl. oben N. 94 sub 5) sich vorsichtig nur dahin geäußert, daß „die Terminologie des StGB. nicht überall mit derjenigen der Civilgesetze zusammenfällt."

[102]) Vgl. das Urteil des preußischen Obertribunals in der vorigen Note [bei Feststellung des strafrechtlichen Begriffs von „Sache"]; das oben zu N. 95 citierte Urteil des Bezirksgerichts Windsheim [„fremde" Sache dürfe schon mit Rücksicht auf die „dermalen in Bayern noch bestehende Verschiedenheit der Civilgesetze" nicht im Sinn der jeweils geltenden Privatrechte interpretiert werden]; das oben in N. 92 citierte Urteil des RG. II. Str.-S. v. 21. IX. 1880 [das Wort „Verwandte" im § 173 StGB. dürfe nicht im Sinne des preuß. LR. ausgelegt werden: „denn es sollte eine Vorschrift für . . . . das deutsche Reich gegeben werden, in welchem sehr verschiedene Civilgesetze bestehen"]; das oben in N. 93 referierte Bedenken der Reichsanwaltschaft [gegen die an das jeweils geltende Landescivilrecht sich anschließende Definition der Pflegeeltern]; Hälschner, System II. S. 429 Anm. 1; Merkel in v. Holtzendorff's Handbuch III. S. 638 N. 2; Rotering G. S. XXXV. S. 354 [alle drei Autoren bei Ablehnung der civilrechtlichen Begriffsbestimmung von „Gewahrsam"]; endlich den Ausspruch des III. Str.-S. des RG. v. 28. I. 1884 [s. oben N. 94 sub 4: bei Ablehnung der civilrechtlichen Auffassung von „Verlobte"] S. 51 vv.: „Von vorneherein erscheint bei Anwendung eines zur Herstellung gleichmäßiger Prozeßgrundsätze und übereinstimmender Prozeßformen im ganzen Reichsgebiete bestimmten Gesetzes, wie dies die StPO. ist, eine solche Auslegung des Gesetzes, welche den Richter nötigt, zum Behufe der Entscheidung einer Prozeß-

bisher zu viel, da diejenigen, die ihn für bestimmte Fälle verwendeten, trotzdem in anderen Fällen behufs Bestimmung strafrechtlicher Begriffe das Civilrecht der einzelnen Bundesstaaten für maßgebend erklärten. Unsrem künftigen einheitlichen Civilrecht gegenüber aber kommt ja diese ratio decidendi überhaupt in Wegfall.

Es könnte sich fortan vielmehr fragen, ob nicht die bejahende Entscheidung ganz allgemein aufgestellt werden müsse, weil jeder Begriff, mit welchem die einheitliche Reichsgesetzgebung auf verschiedenen Rechtsgebieten operiert, auch für alle diese Rechtsgebiete schlechthin einheitlich verstanden werden müsse, weil also die aus dem künftigen Civilgesetzbuch sich ergebenden Rechtsbegriffe auch maßgebend sein müßten für das Strafgesetzbuch. Man könnte verweisen darauf, daß jede einzelne Gesetzesbestimmung interpretiert werden müsse nicht bloß in ihrem Zusammenhang mit den übrigen Paragraphen desselben Gesetzes, sondern als ein Stück der ganzen Rechtsordnung, der sie angehört,[103]) daß daher künftig auch die Gesetze des Strafgesetzbuches ganz allgemein nicht mehr so dürften ausgelegt werden, daß eine Diskrepanz mit den Begriffsbestimmungen des Civilgesetzbuches zu Tage träte. Allein sofort würde sich zeigen, daß in einer Reihe von Fällen die Interessen des Strafrechts schwer hiedurch geschädigt würden. Die zu ganz anderen Rechtszwecken aufgestellten Begriffsbestimmungen des Civilrechts sind sehr oft — man denke nur an die Begriffe der Verwandten, Verschwägerten, Verlobten u. s. w. — für das Strafrecht zu überladen; ihre Anwendung würde die Zwecke der jene Begriffe bezielenden Strafgesetze vereiteln.

Man hat daher aus der ratio legis des einzelnen Straf-

---

frage auf die Vorschriften einzelner Landesgesetze zurückzugehen, anstatt zu deren Erledigung allgemeine für das ganze Reichsgebiet gleichmäßig gültige Grundsätze zu verwenden, nur in solchen Fällen annehmbar, in denen die hierauf gerichtete Absicht des Gesetzgebers im Gesetze selbst einen Ausdruck gefunden hat oder aus anderen Gründen nicht zu bezweifeln ist."

[103]) Vgl. Wach, Handbuch des Civilprozeßrechts I. S. 257 sub II. 1; S. 269 zu N. 11; S. 281 N. 33.



gesetzes, aus den Bedürfnissen des einzelnen Verbrechens heraus die Frage beantworten wollen, ob sein Thatbestand durch die einschlägigen Bestimmungen des Civilrechts substantiiert werden dürfe oder nicht.[104]) Auf diesem Wege jedoch läuft man Gefahr,

---

104) Vgl. z. B. Hälschner, System II. S. 424 [zur „beweglichen" Sache]: „Es ist also hier, da es nur auf die Möglichkeit des Fortbewegens der Sache ankommt, die civilrechtliche Unterscheidung der beweglichen und unbeweglichen Sache nicht maßgebend"; Entscheidung des preuß. Obertribunals v. 25. VI. 1874 [oben in N. 101: zu „Sache"]; Rotering, G. S. XXXV. S. 355 [zu „Gewahrsam"]; Urteil des IV. Str.-S. des RG. v. 12. VI. 1885 R. VII. 380 [zu „Besitz"] vv.: „Wo daher Gesetze, welche dem öffentlichen Rechte angehören, und insbesondere Strafgesetze von „Besitz" sprechen, ... muß nach dem Zwecke des betreffenden Strafgesetzes, nach seiner Vorgeschichte, sowie nach dem Sinne und Zusammenhange der einzelnen Bestimmungen die Frage geprüft und entschieden werden, was in dem besonderen Falle unter „Besitz" hat verstanden werden sollen"; Goltdammer, Archiv V. S. 114 [oben N. 94 sub 3 zu § 301 StGB.]; Schütze, Lehrbuch § 73 N. 7 [zu „Verwandte"]: „Da die Blutsgemeinschaft (unmittelbare oder mittelbare) die ratio des Deliktes bildet, kommt auf die Ehelichkeit der Verwandtschaft nichts, auf deren Leiblichkeit (Natürlichkeit) alles an"; Urteil des I. Str.-S. des RG. v. 17. X. 1883 [vgl. oben N. 92: zu „Verwandtschaft, Verschwägerte und Geschwister"] S. 615: „Denn der § 173 spricht von Verwandten sowie von Verschwägerten und Geschwistern nicht im Sinne eines bestimmten Civilrechts und der etwa durch die einzelnen Civilrechte gemachten Unterschiede zwischen ehelichen und unehelichen Verwandten, sondern betrachtet überhaupt innerhalb der durch das Strafgesetz selbst vorgezeichneten Grenzen als Verwandte alle jene, auf welche der Grund des Gesetzes, die Blutsgemeinschaft, Anwendung findet"; ganz ähnlich auch im Urteil des II. Str.-S. v. 21. IX. 1880, welches ebenfalls oben in N. 92 citiert ist; Urteil des III. Str.-S. v. 28. I. 1884 [oben in N. 92: zu „Verschwägerte"]: Das RG. hat wiederholt entschieden, daß im strafgesetzlichen Sinn das Verhältnis der Schwägerschaft als fortdauernd zu gelten habe, auch wenn die dasselbe begründende Ehe durch den Tod eines der Ehegatten gelöst ist, und daß dies auch dann gelte, wenn nach den einschlagenden civilrechtlichen Vorschriften das Schwägerschaftsverhältnis durch Endigung der dasselbe begründenden Ehe aufgehoben wird. Es liegt dieser Entscheidung der Gedanke zu Grunde, daß die natürlichen persönlichen Beziehungen unter Verschwägerten, welche das Strafgesetz schützen will, durch den Tod eines der Ehegatten nicht erlöschen, mag auch im rechtlichen

in Willkür zu verfallen und allen wissenschaftlichen Halt zu verlieren; wie man denn in der That auf diesem Wege z. B. dazu gekommen ist, das Requisit der „fremden" Sache für das Verbrechen des Diebstahls nach den Vorschriften des Civilrechts, für das Verbrechen der Unterschlagung aber auf Grund eines ad hoc konstruierten „natürlichen" Eigentums zu bestimmen.[105])

So scheinen wir also darauf verzichten zu müssen, für die richtige Lösung jener Kontroversen sichere wissenschaftliche Prinzipien zu gewinnen?

Und doch muß gerade dem neuen einheitlichen Civilrecht gegenüber das Bedürfnis nach solchen doppelt fühlbar hervor-

---

Sinn mit demselben das Schwägerschaftsverhältnis endigen und civilrechtliche Wirkungen nicht weiter äußern"; Binding, Handbuch I. S. 787 N. 94 [zu „Pflegeeltern"]: „Hier interessiert den Gesetzgeber die partikularrechtliche Definition der Pflegeeltern schlechterdings gar nicht, vielmehr denkt er nur an das intime Verhältnis, das entsteht, wenn Personen thatsächlich die Pflege und Erziehung eines fremden Kindes übernehmen"; Urteil des III. Str.-S. des RG. vom 28. I. 1884 [oben N. 94 sub 4 zu „Verlobte"] S. 55: „Haben nun auch einzelne Landescivilgesetzgebungen, sei es, um zu vermeiden, daß aus übereilten Eheversprechungen die privatrechtlichen Folgen, welche das Gesetz an das Verlöbnis knüpft, entstehen, sei es . . . . ., die Gültigkeit des Verlöbnisses an die Beobachtung gewisser Formen geknüpft oder von sonstigen formellen Voraussetzungen abhängig gemacht, so sind doch von den Gesichtspunkten, auf welchen diese Gesetzesbestimmungen beruhen, ganz verschieden die Erwägungen und Motive, welche im Gebiete des Strafrechts dazu geführt haben, einerseits das Vorliegen eines Angehörigkeitsverhältnisses nach verschiedenen Richtungen hin strafrechtlich zu berücksichtigen, andrerseits den Angehörigen im Sinne des StGB. die Verlobten beizuzählen"; Entscheidung des preuß. Obertribunals v. 23. I. 1877 [oben N. 94 sub 5: zu „uneheliches" Kind]: „Die civilrechtlichen Vermutungen für die Vaterschaft des Ehemannes kommen hier, wo nicht der Status des Kindes, sondern der von dem Gesetz anerkannte Grund für eine mildere Strafbarkeit der Mutter festzustellen ist, nicht in Betracht."

[105]) Vgl. hierüber und hiegegen insbesondere A. Merkel an dem oben in N. 96 a. O. Mit vollem Recht bemerkt er hier: „Wenn wir hinsichtlich der Eigentumsfrage die civilrechtlichen Grundsätze nicht als maßgebend behandeln, so verlassen wir den positiven Boden und verlieren uns im Gebiete willkürlicher Konstruktionen."

treten. Denn mit dem neuen Gesetz werden wir ja den hohen Vorteil genießen, daß, wo das Strafrecht einen Begriff aus dem Civilrecht schöpft, dieser Begriff künftig für ganz Deutschland der gleiche sein wird:[106]) Grund genug, um für die immer wieder sich wiederholende Frage, ob das Strafrecht einen bestimmten Begriff aus dem Civilrecht schöpfen wollte, die Aufstellung durchgreifender wissenschaftlicher Gesichtspunkte mit allen Kräften anzustreben.

Vielleicht dürften die nachstehenden Sätze geeignet sein, als Leitfaden durch das Labyrinth der zahllosen Einzelfragen zu dienen.

1. Es sind von den im Strafrecht sowohl wie im Civilrecht verwerteten Begriffen vor allem diejenigen auszusondern, welche der allgemeinen Rechtslehre angehören. Dazu rechne ich alle diejenigen Begriffe, welche von Haus aus nicht einer einzelnen Rechtsdisziplin eigentümlich, sondern allen Rechtsdisziplinen oder doch mehreren gemeinsam sind, ohne daß eine derselben als der eigentliche Sitz des Begriffes bezeichnet werden könnte. Als solche Begriffe betrachte ich z. B. diejenigen, welche die Schuldlehre betreffen, wie Handlungsfähigkeit, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum; wie nicht minder diejenigen, welche die Lehre vom Kausalzusammenhang angehen, wie Handlung und Erfolg, Gefahr und Ursache. Bezüglich solcher Begriffe der allgemeinen Rechtslehre scheint es mir unbestreitbar zu sein, daß sie innerhalb des nämlichen Rechtsganzen nichts Verschiedenes bedeuten können. Die Begriffe der allgemeinen Rechtslehre müssen in allen Teilen einer konkreten positiven Rechtsordnung einheitlich aufgefaßt werden.[107])

---

[106]) Darauf geht hinaus, was Binding, Handbuch I. § 10 sub 3 a (S. 55) zu unsrer Frage beibringt.

[107]) Für solche Fälle bedurfte es daher auch in erster Linie für das Deutsche Reich eines Organs, das die verschiedene Auffassung derartiger Begriffe seitens der Civil- und Strafrechtspflege verhindert. Für solche Fälle hatte ich die Notwendigkeit einer Entscheidung der vereinigten Civil- und Straf-Senate des Reichsgerichts in meinem Ursachenbegriff (1885) zu N. 131 bereits betont, als am 27. Januar 1886 dem Reichstag der Entwurf des

Daraus ergiebt sich unmittelbar, daß wenn die Rechtsordnung etwa bei der Regelung des Civilrechts uns sagt, wie sie einen solchen Begriff aufgefaßt haben will, diese Begriffsbestimmung uns auch für das Strafrecht bindet. Aus unsrem Entwurfe greife ich Ein Beispiel heraus. Die Civil- und die Strafsenate des Reichsgerichts sind bisher von einem ganz verschiedenen Ursachenbegriff im Civil- und bezw. im Strafrecht ausgegangen.[108]) Die Civilsenate haben ihren Entscheidungen den v. Bar'schen Ursachenbegriff zu Grunde gelegt, wonach derjenige einen Erfolg verursacht hat, der ihn verschuldet hat. Die Strafsenate dagegen haben sich an v. Buri angeschlossen, nach dessen Theorie, wegen der von ihm behaupteten Unteilbarkeit des Erfolges, jede Bedingung eines Erfolges zugleich die Ursache desselben ist. Unser Entwurf läßt nun deutlich ersehen, daß er diese beiden Ursachenbegriffe für das Gebiet des Civilrechts reprobiert; ich verweise auf seine §§ 704, 707, 710, 714, 716.[109]) Damit müßte nach dem Gesagten die v. Bar'sche

---

Gesetzes, betr. Abänderung des § 137 GVG. (jetzt Gesetz vom 17. III. 1886 RGBl. S. 61), vorgelegt wurde. In der Begründung dieses Entwurfs und ebenso in den Verhandlungen der Gesetzgebungsfaktoren wurde gerade dieser Fälle nicht gedacht. Nach dem Wortlaut und dem Willen des Gesetzes selbst bedarf es einer Entscheidung durch das Plenum in allen Fällen, worin Civil- und Strafsenate über eine dem Civil- und Strafrecht gemeinsame Rechtsfrage verschiedener Ansicht sind, also auch dann, wenn sie hiezu völlig berechtigt und verpflichtet sind, indem die betreffende Rechtsfrage im Civil- und im Strafrecht nach dem unten sub 2 b zu Sagenden verschieden beantwortet werden muß. Auch an solche Fälle hatte man bei der Entstehung des Gesetzes nicht gedacht, war vielmehr offensichtlich von der irrigen Meinung ausgegangen, daß jede verschiedene Entscheidung derselben Rechtsfrage durch die Civil- und resp. Strafsenate im Interesse der Rechtseinheit verhütet werden müsse.

[108]) Vgl. die Belege zum Folgenden in meinem „Ursachenbegriff" N. 57 einerseits, N. 130 andrerseits.

[109]) Der § 704 (vgl. oben N. 13) nimmt einen verursachten Schaden auch dann an (und läßt unter Umständen für ihn haften), wenn sein Eintritt weder gewollt, noch vorauszusehen, wenn er also nicht verschuldet war. Der § 707 läßt durch entschuldbaren Irrtum die Schuld ausgeschlossen werden, während die Verursachung bestehen bleibt. Der § 710 läßt einen Dritten wegen unterlassener Beaufsichtigung eines Schädigenden

wie die v. **Buri**'sche Ursachentheorie auch für das Strafrecht als reprobiert gelten, selbst wenn wir nicht, wie es der Fall ist, im Stande wären, diese Verwerfung aus dem Strafgesetzbuch direkt zu beweisen.[110]) Denn der Begriff der Ursache als ein Begriff der allgemeinen Rechtslehre kann unmöglich im Strafrecht ein anderer sein als im Civilrecht.[111])

---

für Schadenersatz haften, wenn sein Nichtbeaufsichtigen 1. eine Bedingung des Erfolges und 2. pflichtwidrig war, trennt also abermals Verursachung und Verschuldung von einander. Solche Sätze scheinen mir mit v. **Bar**'s Identifizierung von Verursachung und Verschuldung unvereinbar; Redewendungen aber wie „einen Schaden verschulden", „eine Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschulden" u. dgl. m. (z. B. §§ 187, 222, 714, 1444 E.) dürften lediglich ungenaue Breviloquenzen für „einen Schaden schuldhafter Weise verursachen" u. s. w. und daher für v. **Bar** ohne Beweiskraft sein. — In § 714 sodann wird der Fall gesetzt, daß ein Schaden von Mehreren zusammen verursacht wurde, der Anteil des Einzelnen am Schaden aber nicht zu ermitteln ist; also die Teilbarkeit des Erfolges vorausgesetzt. In § 716 ferner wird angenommen, daß die Entziehung eines Gegenstandes mit unter den Bedingungen des Untergangs oder der Verschlechterung des Gegenstandes gewesen sei, letztere aber doch durch Zufall verursacht wurden (ganz ähnlich im Fall des § 251). Und auch § 656 Abs. 1 scheidet hinsichtlich des Erfolges des Unterganges eines in die Gesellschaft eingebrachten Gegenstandes das Einbringen als die Bedingung und den Zufall als die Ursache dieses Erfolges. Diese Sätze enthalten ebenso viele Widersprüche gegen v. **Buri**'s Identifizierung von Bedingung und Ursache, bezw. gegen seine Lehre von der Unteilbarkeit des Erfolges.

[110]) Diesen Nachweis habe ich zu führen versucht in meinem „Ursachenbegriff" zu N. 81 ff. — Ich habe dort zu N. 106, vgl. auch zu N. 89, zugleich den positiven Nachweis unternommen, daß das RStGB. als Ursache nur die wirksamste Bedingung des Erfolges betrachte. Sollte dies richtig sein, dann würde sich aus dem im Text Gesagten sofort die Konsequenz ergeben, daß wir diesen Begriff der Ursache auch auf dem Gebiete des künftigen deutschen Civilrechts als den maßgebenden zu betrachten hätten. Einen direkten Beleg aber dafür, daß der E. in der That zur Übergewichtstheorie sich bekennt, dürfen wir vielleicht aus § 222 Abs. 2 (vgl. dazu auch die vorige Note) entnehmen.

[111]) Wie hat sich aber das Strafrecht zu der Definition der „Fahrlässigkeit" in § 144 E.: „Fahrlässigkeit liegt vor, wenn nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters angewendet wird" zu verhalten? Werden wir hiedurch etwa genötigt werden, in dem Streite zwischen v. **Bar** [Kausalzusammenhang S. 13, S. 119 ff.; **Grünhut**'s Zeitschr. IV. S. 21 ff.] und

2. Von den Begriffen der allgemeinen Rechtslehre wohl zu trennen sind dann die — wenn vielleicht auch noch von anderen Rechtsdisziplinen verwerteten, doch — dem Civilrecht eigentümlichen, d. h. die das notwendige Inventar seiner Domänen bildenden Begriffe. Es sind das die Begriffe z. B. des Sachenrechts, wie Besitz und Eigentum, Servitut, Pfandrecht u. a.; des Familienrechts, wie Verwandte und Verschwägerte, Eltern und Kinder, Verlöbnis und Ehe, Vormundschaft und Pflegschaft u. s. w.; des Obligationenrechts und des Erbrechts. Innerhalb dieser civilrechtlichen Begriffe haben wir dann aber wieder zu scheiden

a. reine oder primäre Rechtsbegriffe, d. h. solche, welche die Rechtsordnung selbst erst geschaffen hat, mögen sie später vielleicht auch von der Sprache des Lebens adoptiert worden sein und in derselben etwa auch eine andre Bedeutung angenommen haben, als ihre primäre juristische Bedeutung war.

---

v. Buri [insbes. im Gerichtssaal XXIX. S. 280 ff.] uns auf die Seite des Ersteren zu schlagen, und mit ihm anzunehmen, daß auch für das Strafrecht Fahrlässigkeit dann gegeben sei, wenn der Handelnde die Aufmerksamkeit jenes „abstrakten Mustermanns", als welchen das römische Recht den bonus pater familias aufstellte, außer Acht gelassen hat, mochte er vielleicht auch, nach seiner eigenen Persönlichkeit beurteilt, gehandelt haben, wie er hätte handeln sollen und können? Ich glaube nicht. Zu den Begriffserfordernissen der Fahrlässigkeit gehört der Maßstab nicht, nach welchem wir bestimmen, ob Jemand pflichtwidrig nachlässig gewesen sei. Denn sonst könnte die culpa levis in concreto nicht als eine Spezies innerhalb des Kulpa-Begriffes betrachtet worden sein, wie es doch in l. 72 D. pro socio 17, 2 und sonst geschehen ist. Wir können also dabei stehen bleiben, daß der Begriff der Fahrlässigkeit für Civil- und Strafrecht derselbe sei, und doch die Ansicht vertreten, daß der Maßstab der Fahrlässigkeit im Strafrecht nie aus der fingierten Persönlichkeit eines „Normalmenschen", sondern stets nur aus der eigenen Persönlichkeit des Schuldigen zu entnehmen ist. — Bezüglich anderer für Civil- und Strafrecht gleichmäßig bedeutsamer Begriffe der allgemeinen Rechtslehre vgl. noch Motive S. 281: „Unter „Verschulden" wird ein auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhendes Verhalten verstanden"; S. 280: „Die auf die Vornahme einer Handlung oder die Herbeiführung eines Erfolges gerichtete Willensbestimmung bezeichnet der Entwurf in Übereinstimmung mit dem Strafgesetzbuch als „Vorsatz"; vorsätzlich ist somit gleichbedeutend mit wissentlich und willentlich"; Entw. § 704: „Handlung — Thun oder Unterlassen" u. s. w.

Solche reine Rechtsbegriffe (auf dem Gebiete des Civilrechts) sind z. B. Vermögen[112]), Eigentum[113]), Adoption[113]).

b. gemischte oder sekundäre Rechtsbegriffe, d. h. Begriffe, welche an sich dem vulgären Leben angehören und zunächst eine rein thatsächliche und natürliche Bedeutung haben, welche dann aber die Rechtsordnung aus dem täglichen Leben herübergenommen und als juristische Begriffe entweder unverändert verwendet oder aber den Rechtszwecken entsprechend umgeprägt hat. Solche gemischte Rechtsbegriffe des Civilrechts sind z. B. Mensch, Sache, bewegliche Sache, Besitz, Verwandtschaft, Kauf u. a. m.

Bezüglich der letzteren Begriffe (ad b) muß es jeder einzelnen Rechtsdisziplin freistehen, sie nach ihren Zwecken umzuprägen. Denn jede Rechtsdisziplin entnimmt solche Begriffe nicht der anderen Rechtsdisziplin, in der sie ebenfalls fungieren, sondern dem täglichen Leben, dem sie ursprünglich angehören. Insbesondere das Strafrecht, welches ja seinem ganzen Zwecke nach sich möglichst enge an die Sprache und Auffassung des täglichen Lebens anlehnen muß, wird solche Begriffe meist, ohne weitere juristische Umprägung, in ihrem natürlichen und thatsächlichen Sinne nehmen, und ist hieran auch dadurch nicht gehindert, daß etwa das Civilrecht diesen Begriffen einen von ihrer natürlichen Bedeutung abweichenden Sinn beigelegt hat.[114])

---

112) Vgl. die Ausführungen in meinem „Über das Vermögen im juristischen Sinne" (1879) S. 109 ff. und s. unten N. 117.

113) Vgl. unten N. 116 und 117.

114) So hat das RG. in dem Urteil des II. Str.-S. vom 8. Juni 1880 R. II. 41 = E. I. 446 mit Recht angenommen, daß die Bestimmungen des römischen Rechts und des preuß. LR., wonach eine Leibesfrucht erst dann zum „Menschen" werde, si vivus perfecte natus est, si vivus ad orbem totus processit [vgl. l. 3 C. de postumis hered. 6, 29 und §§ 12, 13 Teil I. Tit. 1 A. Pr. LR.], für das Strafrecht nicht maßgebend sind, wie denn in der That der § 217 StGB. beweist, daß der „Mensch" für das Reichsstrafrecht früher zu existieren beginnt, als für die genannten Civilrechte. Vgl. auch noch das Urteil des I. Str.-S. v. 29. IX. 1883 R. V. 553 = E. IX. 131; v. Liszt, Lehrbuch § 85 N. 2; Olshausen zu § 211 sub 1; Binding, Handbuch I. S. 220 N. 6 i. f. — So hat schon das preuß. Obertribunal auf Grund der oben in N. 101 abgedruckten allgemeinen Erwägung entschieden, daß die Bestimmungen des A. Pr. LR. I. 2 §§ 1—3

Bezüglich solcher Begriffe werden also auch in Zukunft die Bestimmungen unsres einheitlichen deutschen Civilrechts keine bin-

---

über den Begriff der „Sache" für das Strafrecht (speziell für § 242 StGB.) nicht maßgebend sind. Und mit Recht bemerkt Olshausen zu § 242 sub 3: „Sache" im Sinne des § 242 ist ein körperlicher Gegenstand. „Ist aber die Sache im natürlichen Sinne ein körperlicher Gegenstand, so ist es völlig gleichgültig, falls etwa nach civilrechtlichen Bestimmungen ein solcher körperlicher Gegenstand dennoch nicht als „Sache" anzusehen sein sollte." Vgl. auch noch die nächste Note. — So hat man die richtige Meinung, daß Besitz und Gewahrsam im Sinne des Strafrechts mit den Vorschriften des Civilrechts über Besitz nichts zu thun hätten (oben N. 94 sub 1), unter Andrem auch darauf gestützt, daß es sich hier überhaupt um einen Begriff des täglichen Lebens, nicht um einen Rechtsbegriff, handle: Hälschner, System II. S. 429 Anm. 1, Rotering im Gerichtssaal XXXV. S. 354. Und Merkel in v. Holzendorff's Handbuch III. S. 638 N. 2 bemerkt zutreffend: „Die Gründe, welche uns die strafrechtlichen Bestimmungen hinsichtlich des Eigentumsbegriffes in Abhängigkeit von den Grundsätzen des Privatrechts bringen lassen, existieren hier [bei Besitz und Gewahrsam] nicht": vgl. dazu N. 116. — So verweist Olshausen [oben in N. 90], indem er die richtige Ansicht vertritt, daß auf den „Kauf und Verkauf" des § 109 StGB. die civilistischen Grundsätze vom Kauf keine Anwendung finden, darauf, daß die Ausdrucksweise des § 109 „dem volkstümlichen Sprachgebrauche" entlehnt sei; in Übereinstimmung mit Hälschner an dem in N. 90 a. O. — So bemerkt derselbe zur Auslegung des „Verschwägerte" in § 52 (sub 19): „daß das StGB. von dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens ausgegangen ist; diesem entsprechend wird die Angehörigkeit auch trotz Auflösung der Ehe durch den Tod noch als fortbestehend angesehen, dagegen nicht, wenn die Ehe durch richterlichen Ausspruch dem Bande nach gelöst ist, in welchem Falle das durch die Ehe begründete Familienverhältnis im täglichen Leben allgemein als aufgehoben betrachtet wird." — So argumentiert endlich das RG. in dem Urteil des III. Str.-S. v. 28. I. 1884 (oben N. 94 sub 4 und N. 104) ganz im Sinne des Textes, wenn es sagt: Es gehe davon aus, daß das StGB. in § 52 Abs. 2 den Ausdruck „Verlobte" nicht im technisch-juristischen Sinn, sondern im Anschluß an den allgemeinen Sprachgebrauch verwende, der unter Verlobten diejenigen Personen bezeichne, welche sich gegenseitig ein ernstlich gemeintes Eheversprechen gegeben haben. Zwar sei zuzugeben, daß es sich bei dem „Verlöbnis" nicht blos um einen dem täglichen Leben angehörigen, sondern zugleich um einen dem Civilrecht angehörigen Rechtsbegriff handle. Allein die Gründe, welche das Civilrecht bewogen, den vulgären Begriff in einen engeren juristischen Begriff umzuprägen, seien für das Strafrecht nicht maßgebend.

dende Kraft für das Strafrecht besitzen.[115]) Wenn dagegen eine Rechtsdisziplin einen von einer anderen Rechtsdisziplin ausgeprägten reinen Rechtsbegriff (ad a) verwertet, so müssen wir ihn auch in ersterer stets in dem Sinne auslegen, wie wir in letzterer ausgeprägt vorfinden. Denn im Zweifel ist dann anzunehmen, daß das Gesetz des einen Rechtsgebietes ihn aus dem anderen Rechtsgebiet, das ihn erzeugt und ausgestaltet hat, so wie er dort geworden ist, schöpfen wollte. Nur der deutlich erklärte entgegengesetzte Wille des Gesetzes — der hier allerdings

---

[115]) Unverbindlich ist also für das Strafrecht z. B. der Begriff der „Sache“, mit welchem der Entwurf operiert. Sein § 778 lautet: „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.“ Wo der Entwurf auch unkörperliche Gegenstände mitumfassen will, da gebraucht er, wie z. B. in §§ 275, 715, 716, 777, 1791, 1823, 1825, 1828, 1830, den Ausdruck „Gegenstände“ oder auch „Vermögensgegenstände“. Nun versteht allerdings auch das RStGB. unter Sachen regelmäßig nur körperliche Gegenstände. Allein die Bestimmung in § 778 E. würde noch nicht jene Auslegung unmöglich machen, welche z. B. im § 137 RStGB. unter Sachen sowohl körperliche als unkörperliche Gegenstände versteht: vgl. Olshausen zu § 137 sub 1 und die dort Citierten. — Die Legaldefinition von „Zueignung“ ferner in § 903 E.: „Wer eine herrenlose bewegliche Sache in Besitz nimmt, erwirbt das Eigentum an derselben (Zueignung)“ nötigt uns noch nicht, die Meinung von Rubo zu adoptieren, welcher nur denjenigen einer Unterschlagung für schuldig erachtet, der eine fremde bewegliche Sache rechtswidrig „in sein Eigentum“ bringt. Wir können vielmehr nach wie vor bei der allein richtigen Ansicht bleiben, wie sie das Urteil des preuß. Obertribunals vom 17. VII. 1878 [bei Stenglein XVIII. 211] und fast wörtlich gleichlautend das Urteil des II. Str.-S. des RG. v. 13. VII. 1881 [E. IV. 405] dahin ausgedrückt hat: „Für den Zueignungsbegriff kommt es darauf nicht an, ob der Inhaber einer fremden Sache durch eine positive Thätigkeit Eigentümer wirklich geworden ist, sondern daß die Handlung seine Absicht zum Ausdrucke bringt, dadurch mit Ausschluß des berechtigten Eigentümers gleich diesem darüber die Herrschaft zu erlangen.“ — Nicht verbindlich für unsere Interpretation des StGB. sind ferner z. B. die Bestimmungen des E. über „Besitz“ in § 797; über „Verwandtschaft“ und „Schwägerschaft“ in §§ 30, 32, 33, 1236; über „eheliche“ Kinder in §§ 1466, 1468, 1470, 1562, 1579, 1580 u. a. m.

im Unterschied von den Fällen sub 1 denkbar ist — vermöchte diese Annahme zu beseitigen.

In diesen Fällen also ist das Strafrecht an die civilrechtlichen Begriffe gebunden.[116]) Und in diesen Fällen also wird uns das bürgerliche Gesetzbuch auch auf dem Gebiet des Strafrechts zu einer materiellen Rechtseinheit da verhelfen, wo wir bis jetzt nur eine formelle besaßen.[117])

---

[116]) Treffend ist dieser Gesichtspunkt verwertet worden bezüglich der „fremden" Sache von Olshausen zu § 246 sub 3 vv.: „Die Frage, ob eine Sache eine „fremde" sei, ist auch bei der Unterschlagung lediglich auf Grund des am Orte der That geltenden Civilrechtes zu beantworten; es handelt sich um einen juristischen Begriff, der seine positive Ausbildung erhalten hat"; und zu § 242 sub 5, wo bemerkt ist, daß es an jeder Möglichkeit fehle, die Frage in andrer Weise zu lösen (vgl. auch oben N. 98); ferner bezüglich der „Adoptiv-Eltern und -Kinder" von Demselben zu § 52 sub 20: „Da die Adoption ein streng juristischer Begriff ist, so ist das Vorliegen eines Adoptivverhältnisses lediglich nach der betreffenden Landesgesetzgebung zu beurteilen." Unrichtig dagegen ist dieser Gesichtspunkt angewendet worden auf den „Kauf" in dem Urteil des RG. v. 12. VI. 1885 oben in N. 101.

[117]) Vgl. Binding an dem in N. 106 a. O. — Es werden daher in Zukunft für die Interpretation unserer reichsstrafrechtlichen Bestimmungen z. B. maßgebend sein, und zwar

für den Begriff der fremden Sache die Vorschriften des Entwurfs über Eigentumserwerb an Mobilien §§ 874 ff.; 1749, 2025 ff. (dagegen nicht Präsumtionen, wie die in § 1282);

für den Begriff der Minderjährigkeit die Vorschriften des E. §§ 25, 26 (vgl. oben N. 94 sub 2);

für den Begriff des gesetzlichen Vertreters die oben in N. 91 i. f. citierten §§ des E.;

für den Begriff der Adoptiv-Eltern und -Kinder die Vorschriften in §§ 1601 ff. E.

Wenn aber schließlich nach dem oben zu N. 112 Gesagten auch der Begriff des „Vermögen" zu denen gehört, deren Bedeutung das Strafrecht dem Civilrecht zu entnehmen hat, so muß bezüglich des Entwurfs sofort betont werden, daß seine Auffassung des „Vermögen" keine andre ist, als diejenige, welche in Theorie und Praxis auch anderen Reichsgesetzen gegenüber schon lange dahin festgestellt ist: Vermögen ist der Inbegriff lediglich der Aktiva (bona) einer Person; die Passiva, die Schulden, gehören nicht zum Vermögen, sondern bilden eine auf dem Vermögen ruhende, aus ihm zu be-

zahlende Last des Vermögens. Als ich in meinem Buche „Über das Vermögen im juristischen Sinne" (1879) nachzuweisen suchte, daß schon die römischen Rechtsquellen, richtig verstanden, auf dem nämlichen Standpunkt standen, und daß die seit der Glossatorenzeit herrschende Meinung, welche auch die Schulden ins Vermögen rechnet, auf Irrtum beruhe: Da wurde mir von romanistischer Seite der unglaubliche Vorwurf gemacht, daß ich die Doktrin „auf die invariata compilatio zurückschrauben möchte", nachdem sie sich „in diesem Punkte glücklich von ihrer Herrschaft befreit" habe! Und doch galt, als dieser Vorwurf erhoben wurde (Dezember 1879), seit beinahe 20 Jahren schon in Deutschland das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, das in einer Reihe von Artikeln (vgl. z. B. artt. 29, 119, 120, 122, 126, 137 und s. dazu Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl., §§ 91, 105, 150; Urteil des II. Str.-S. des RG. v. 21. IV. 1882 R. IV. 372 ff. und des I. Civil-Senats des RG. v. 21. I. 1885 E. XIV. 412 ff.) so deutlich wie möglich das Vermögen und die Schulden einander gegenüberstellt und als Vermögensbestandteile nur Sachen, Forderungen oder Rechte bezeichnet. Und doch war damals fast durch ein Dezennium schon das Reichsstrafgesetzbuch in Kraft, dessen §§ 263 und 288 gegenüber — um auch hier nur Beispiele herauszugreifen — doch noch Niemand bezweifelt hat, daß hier unter „Vermögen" nur ein Inbegriff von Aktiva verstanden werden kann (vgl. das citierte Urteil des RG. v. 21. IV. 1882 S. 375). Endlich aber waren damals soeben die Reichsjustizgesetze in Anwendung getreten, von denen doch die Konkursordnung von der in § 1 enthaltenen Definition der Konkursmasse an durchs ganze Gesetz hindurch mit dem Begriff des Vermögens als Gesamtheit der Aktiva des Kridars operiert (vgl. dazu Beilage der Berliner Gerichtszeitung vom 25. März 1879; v. Völderndorff, Kommentar zur KO., 2. Aufl., I. S. 53; Wach, Handbuch des Civilprozeßrechts I. S. 419 N. 11); von denen die Strafprozeßordnung mit ihrer Beschlagnahme des „Vermögens des Angeschuldigten" oder „einzelner zum Vermögen des Angeschuldigten gehöriger Gegenstände" (§§ 325, 326), und die Civilprozeßordnung mit ihrem Gerichtsstand des Vermögens (§ 24), mit ihrer Zwangsvollstreckung ins Vermögen (z. B. §§ 708, 796) u. dgl. m. doch unmöglich an ein Vermögen im Sinn von Gesamtheit der Aktiva und Passiva denken kann (vgl. das citierte Urteil des RG. v. 21. IV. 1882 S. 375; Tränkner im Archiv f. d. civ. Prax. LXX. S. 159 zu § 784 CPO.; ganz besonders aber Wach a. a. O. 419).

An diese unsrer Reichsgesetzgebung längst geläufige Auffassung des Vermögens als eines Inbegriffs bloß der Aktiva schließt sich nunmehr auch der Entwurf an.

In § 313 bestimmt er, daß, wenn Jemand sein ganzes gegenwärtiges Vermögen oder eine Erbschaft einem Anderen zu übertragen hat, daß dann alle zu dem Vermögen oder zu der Erbschaft gehörenden Rechte, das „Aktivvermögen", an den Übernehmer ausgefolgt werden müssen; dieser letztere

haftet dann kraft besonderer Vorschrift des § 319 bis zum Wert des Aktivvermögens für die Schulden. — In den §§ 1038, 1039 wird bestimmt, daß der Nießbrauch an dem ganzen Vermögen einer Person aufzufassen sei als Nießbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen, und daß auf die Begründung eines solchen Nießbrauchs der § 313 Anwendung finde. Daneben aber steht dann die Vorschrift in § 1040: „Wer den Nießbrauch an einem ganzen Vermögen zu bestellen hat, ist berechtigt, von den zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen so viel zurückzubehalten, als zur Berichtigung der fälligen Schulden nötig ist." Nach § 1043 endlich soll das Gesagte auch für den Nießbrauch an einer Erbschaft gelten. — Nach §§ 1502, 1516 E. begründet die elterliche Gewalt für ihren Inhaber das Recht, für die Person und für das Vermögen des Kindes zu sorgen, sowie das Recht der Nutznießung an diesem Vermögen; nur die Sachen, welche ausschließlich zum persönlichen Gebrauch des Kindes bestimmt sind, sind von dieser elterlichen Nutznießung ausgenommen und bilden „freies Vermögen" des Kindes. In § 1528 heißt es dann: „Die Gläubiger des Kindes können wegen aller Verbindlichkeiten des letzteren die Befriedigung auch aus dem der elterlichen Nutznießung unterliegenden Vermögen desselben ohne Rücksicht auf die elterliche Nutznießung erlangen; zur Zwangsvollstreckung gegen dieses Vermögen ist ein gegen das Kind vollstreckbarer Titel genügend"; und in § 1530 Abs. 1: „Die Verbindlichkeiten des Kindes fallen auch im Verhältnisse desselben und des Inhabers der elterlichen Gewalt zu einander dem der elterlichen Nutznießung unterliegenden Vermögen des Kindes zur Last." — Aus diesen und ähnlichen Bestimmungen (vgl. z. B. noch §§ 49 Abs. 2, 1511 Z. 3, 1530 Schlußabsatz, 1674 Z. 3) geht zur Evidenz hervor, daß auch der Entwurf das Vermögen auffaßt als einen Inbegriff nur von Rechten, die Schulden aber nicht als Bestandteile, sondern als Lasten des Vermögens. So ist denn mein seinerzeit so sehr angefeindeter Vermögensbegriff von der ganzen modernen Reichsgesetzgebung adoptiert. Aber auch für das Pandektenrecht ist er neuerdings gerade von zweien der ersten unter den Romanisten als richtig anerkannt worden. Es muß mir gegenüber den nicht nur die Resultate meines Buches über das Vermögen verwerfenden, sondern auch in der Form vielfach verletzenden Kritiken desselben von Lothar Seuffert (Literarisches Centralblatt von 1879 Nr. 27), Hölder (Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht XXIV. S. 609 ff.) und Pernice (Kritische V. J. S. XXII. S. 232 ff.) in der That zur hohen Befriedigung gereichen, daß Gelehrte wie Windscheid (Pand. 5. Aufl. III. § 528 N. 4 i. f., namentlich aber nun 6. Aufl. I. § 42) und Dernburg (Pand. I. § 22) sich meinen Ausführungen über den Vermögensbegriff der römischen Rechtsquellen in der Hauptsache angeschlossen haben (vgl. auch noch Schiffner, System. Lehrbuch des Österr. Allgem. Civilrechts I. (1882) § 80. Insbesondere Windscheid sieht nunmehr in den bona nur die einer Person zustehenden Ver-

mögensrechte, in den Schulden aber eine aus den bona zu deckende Vermögenslast. Freilich kennt W. neben diesem Vermögensbegriff noch zwei andre: einmal die bona deducto aere alieno, das Vermögen, welches nach Abzug der Schulden übrig bleibt; und dann die Einheit der Vermögensrechte und der Verpflichtungen einer Person (die nämlichen drei Vermögensbegriffe nimmt als im geltenden Recht neben einander bestehend an das Reichsgericht in dem öfter citierten Urteil des II. Str.-S. v. 21. IV. 1882; während die Civilsenate unter Vermögen regelmäßig nur die Einheit der Aktiva und Passiva verstehen: s. die Urteile des II. Hilfssenats v. 26. IX. 1881 E. VI. 252; des III. C.-S. v. 27. VI. 1882 E. VII. 153; v. 4. VI. 1886 E. XVI. S. 129 unten; des IV. C.-S. v. 25. II. 1886 in der Jur. W. S. 1886 S. 157; v. 15. III. 1886 ebenda S. 169 sub 26). Vermögen im letzteren Sinne sei die Erbschaft. Denn schon seit uralter Zeit (so W. lc. III. § 528 N. 4) sind die Schulden mit dem hinterlassenen Aktivvermögen in einen untrennbaren Zusammenhang gebracht worden und bilden mit demselben für die rechtliche Behandlung eine Einheit. „Für diese Einheit bedürfen wir einer Bezeichuung; wir verwenden dafür den Ausdruck Erbschaft.“ — Vielleicht darf ich darauf Folgendes erwidern: 1. Die bona als ea quae deducto aere alieno supersunt sind nicht ein selbständiger Vermögensbegriff, sondern nur eine Breviloquenz für den Gedanken: Auf dem Vermögen ruhen die Schulden als Last; dem Schuldner kommt also sein Vermögen nur so weit zu gut, als es nicht von seinen Schulden verschlungen wird: denn bona sunt quae beant (mein Vermögen S. 197 ff. und Windscheid lc. § 42 N. 2 a). 2. Zwei wirklich verschiedene technische Vermögensbegriffe kann es m. E. innerhalb der nämlichen Civilrechtsordnung nicht geben. So wenig es einen doppelten technischen Begriff von „Eigentum“ im Civilrecht geben kann, so wenig auch einen doppelten technischen Begriff von „Vermögen“. Wenn „Vermögen“ in der einen civilrechtlichen Beziehung ist: die Gesamtheit der Aktiva, welcher die Schulden gegenüberstehen, so kann es nicht in der andern civilrechtlichen Beziehung sein die Gesamtheit der Aktiva und Passiva (mein Vermögen S. 167). 3. Wenn auch im Erbrecht der Nachlaß und die Schulden in einem untrennbaren Zusammenhang stehen, so scheint mir deswegen doch nicht ein absolutes Bedürfnis zu bestehen, diesen Zusammenhang mit einem einzigen Ausdruck zu bezeichnen; auch mit der Konkursmasse stehen die Schulden in untrennbarem rechtlichen Zusammenhang, ohne daß wir ein derartiges Bedürfnis empfinden. Überhaupt ist der Zusammenhang der Schulden mit dem Nachlaß doch nur eine der vielen Anwendungen des Satzes quem sequuntur commoda, sequi debent et incommoda; warum sollte gerade für diese Anwendung das bezeichnete Bedürfnis bestehen? 4. Immerhin mögen wir jenen Zusammenhang zwischen Nachlaß und Schulden mit „Erbschaft“ bezeichnen; aber dann bedeutet eben Erbschaft lediglich die Thatsache des gleichzeitigen Überganges des Nachlasses und der Schulden auf den Erben, aber nicht bedeutet es ein Vermögen, das

zu seinen Bestandteilen auch die Schulden des Erblassers zählt. — Wiederum dürfte der Entwurf auf unsrer Seite stehen. Er hat für das den Gegenstand einer Beerbung bildende Vermögen zwei Ausdrücke: „Nachlaß" und „Erbschaft". Der Nachlaß ist nach § 2093 zur Berichtigung der dem Erben als solchem obliegenden Verbindlichkeiten („Nachlaßverbindlichkeiten") bestimmt: also können diese Verbindlichkeiten kein Bestandteil des Nachlasses sein. Über den Nachlaß kann, wenn er „zur vollständigen Befriedigung der Nachlaßgläubiger unzureichend" ist (§§ 2065, 2133), der Konkurs eröffnet; dann bildet der Nachlaß die Konkursmasse (§§ 2109 ff.), zu welcher von vornherein nur Aktiva gehören können (s. oben und §§ 2117, 2118). Daß endlich nur Rechte zum Vermögen des Erblassers gehören und die vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten desselben außerhalb des Nachlasses stehen, beweist auch die Fassung des § 2051 und des § 167. Ist so der „Nachlaß" ein Inbegriff nur von Aktiva, so muß dasselbe auch von der „Erbschaft" (im Sinne des vom Erblasser hinterlassenen Vermögens) gelten. Wenn daher § 1749 bestimmt: „Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht das Vermögen derselben als Ganzes (Erbschaft) auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über", so können wir unter dem „Vermögen als Ganzes" nur verstehen das Vermögen als Einheit der Vermögensrechte. Damit stimmt denn auch völlig überein, was in § 495 über den Kauf einer dem Verkäufer angefallenen Erbschaft — und das gilt nach § 500 auch bei einer anderweiten Veräußerung einer Erbschaft — mit den Worten vorgeschrieben ist: „Der Käufer hat gegenüber dem Verkäufer die Lasten der Erbschaft und der dazu gehörenden Gegenstände zu tragen, insbesondere die Nachlaßverbindlichkeiten und die von der Erbschaft zu entrichtenden Abgaben": die Nachlaßverbindlichkeiten sind also kein Bestandteil, sondern eine Last der Erbschaft. Wie denn endlich, was der E. in den oben angeführten Stellen vom „Vermögen" aussagt, ausdrücklich auch auf die „Erbschaft" ausgedehnt wird (vgl. §§ 313, 1043, 1511 Z. 3, 1674 Z. 3 E.), woraus sich ergiebt, daß die Erbschaft kein anderes Vermögen ist, als jedes andre Vermögen im Sinn des Entwurfs.

Literatur.

H. Dernburg, Pandekten. Band II. (X und 385 S.), III. (XI und 367 S.). Berlin, H. W. Müller. 1886, 1887.

Die Dernburg'schen Pandekten, deren erster Band bereits früher in dieser Zeitschrift besprochen worden ist, liegen jetzt vollständig vor. Der zweite Band behandelt das Obligationenrecht, der dritte das Familienrecht und das Erbrecht. Die Darstellung zeichnet sich durchgängig durch dieselben Vorzüge aus, welche bereits in den früheren Anzeigen dieses Werkes hervorgehoben sind. Auch die Erklärung des geltenden Rechtes aus seiner geschichtlichen Entwickelung heraus wird wieder in umfassender Weise verwendet. Auf diesem Wege versucht der Verfasser unter anderm auch die Aussprüche der Quellen über die Haftung des Promittenten bei Unmöglichkeit der Leistung zu vereinigen (II. S. 46) und die Grundsätze über den Übergang der Gefahr beim Kauf zu rechtfertigen (II. S. 54). Nicht immer freilich ist seine Beweisführung überzeugend; so wird man z. B. wohl Bedenken tragen, seiner Ableitung des Satzes Nemo pro parte te status etc. aus der Geschichte des römischen Testamentsrechtes beizustimmen (III. S. 98 ff.). An anderen Stellen erscheinen die geschichtlichen Ausführungen als ziemlich überflüssiges Beiwerk oder hätten wohl mindestens eingeschränkt werden können, da sie sich für das geltende Recht nicht verwerten lassen, vgl.

z. B. II. § 144 (römische Anfechtungsklagen), III. S. 320 (cretio). In größerem Umfange noch würde dieses Bedenken gelten, wenn nicht die Aufgabe eines Pandekten-Lehrbuches die Darstellung auch solcher Rechtsinstitute notwendig machte, von denen der Verfasser selber anerkennt, daß sie dem heutigen Leben fremd sind, z. B. die sogen. actiones adjectitiae (II. S. 34 ff.), das foenus nauticum (II. S. 232), das Prekarium (II. S. 236); ähnliches ließe sich auch gegen III. § 63 (Entwickelung der bonorum possessio) und § 64 (Legate und Fideikommisse) sagen. Manchem dürfte er überhaupt in der Beseitigung römischer Rechtssätze etwas weit gehen, doch wird man seine Behauptungen in dieser Beziehung nur selten mit stichhaltigen Gründen zu widerlegen vermögen. Daß Dernburg überall, wo es erforderlich ist, das neueste Recht und namentlich die Reichsgesetzgebung berücksichtigt, braucht nach der ganzen Richtung, die er vertritt, kaum besonders hervorgehoben zu werden, vgl. z. B. II. S. 135 (Cessionsverbote), S. 173 (prozess. Behandlung der Kompensationseinreden), S. 299 ff. (Lex Rhodia und Haverei), III. § 124—27 (Testamentsexekutoren und Erbverträge). Dagegen verdient besondere Anerkennung sein Bestreben, in allen zweifelhaften Fällen das „praktisch Vernünftige" zur Geltung zu bringen, z. B. II. S. 102 Anm. 8, ebenda §§ 76 und 77, III. S. 131 Anm. 5, S. 202, Anm. 35; bedenklicher schon II. S. 342 Anm. 15 und 16, III. S. 50 und S. 147 Anm. 13. Am wenigsten befriedigend erscheinen mir diejenigen Abschnitte, in denen es vor allem auf die juristische Konstruktion eines Rechtsverhältnisses und die strenge Geltendmachung der aus ihr sich ergebenden Folgerungen ankommt. Als Beispiel kann verwiesen werden auf die Erörterungen über das Wesen der Korrealobligation (II. § 71) und über den Vertragsschluß unter Abwesenden (II. § 11). Auch die Art und Weise, wie er das Wesen der Naturalobligation zu erklären versucht (II. § 4), dürfte kaum allgemeinen Beifall finden; denn wenn man auch davon ausgeht, daß das Recht eine gewisse Einwirkung der Forderungen der bürgerlichen Gesellschaft auf seine Ordnungen anerkennt, so ist damit doch noch nicht aufgehellt,

weshalb es dies thut und weshalb in den einzelnen Fällen in verschiedenem Umfange.

Trotz dieser Ausstellungen, die sich im einzelnen machen lassen, wird man anerkennen müssen, daß das Werk im ganzen eine sehr dankenswerte Bereicherung unserer Literatur bildet. Vor allem jüngeren Juristen, für welche es ja auch in erster Linie bestimmt ist, ist seine Benutzung dringend zu empfehlen. Aber auch der Praktiker, der es einmal zur Hand genommen hat, wird es mehr und mehr schätzen lernen. Uns Mecklenburgern bereitet es insofern noch eine besondere Genugthuung, als außer den Entscheidungen des Reichsgerichts fast nur noch solche des früheren Oberappellations-Gerichts zu Rostock, allerdings auch nur vereinzelt, angezogen werden.

W. E. Knitschky.

Otto Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin, Weidmannsche Buchhandlung. 1887. LIV und 1024 S. Preis 20 Mark.

Das vorliegende Buch, welches die Widmung an Georg Beseler, den Altmeister germanistischer Rechtsforschung, zu seinem funfzigjährigen Doktorjubiläum an der Spitze trägt, steht in enger Verwandtschaft zu dem großen Lebenswerke des Verfassers, dem deutschen Genossenschaftsrechte. Dasselbe beabsichtigt zwar nicht (Vorrede S. VII) eine geschichtliche Weiterführung des im dritten Bande des Genossenschaftsrechts (welcher die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und deren Aufnahme in Deutschland behandelt) abreißenden Fadens, bildet aber doch ein wesentliches Stück der Ausführung des vom Verfasser in jenem Werke verfolgten Plans, der Darstellung des Rechts der deutschen Genossenschaft, indem es die Gestaltung und Anwendung der germanistischen Genossen-

schaftstheorie in der deutschen Rechtsprechung der Gegenwart, für welche mit der Errichtung des Reichsgerichts eine neue bedeutsame Epoche begonnen hat, sich zur Aufgabe stellt.

Beabsichtigte der Verfasser anfangs nur, im Rahmen einer Gelegenheitsschrift die Stellung der neuesten deutschen Rechtsprechung zu gewissen brennenden Fragen des Körperschaftsrechts in einigen „Einzelbildern" darzulegen (S. 14), so hat sich ihm doch unter der Arbeit der Plan des Buchs erweitert, und es liegt uns jetzt in einem stattlichen den Umfang einer „Gelegenheitsschrift" im gewöhnlichen Sinne des Wortes weit überschreitenden Bande ein Werk vor, welches unter Verarbeitung eines überaus reichhaltigen Materials den gegenwärtigen Stand der Lehre von den Körperschaften, wie dieselbe sich in Theorie und Praxis unserer Tage entwickelt hat, in umfassender Weise darstellt.

Der Verfasser steht, wie auch schon in seinen früheren Schriften, auf dem Boden der von Beseler begründeten germanistischen Genossenschaftstheorie, jener Lehre, welche mit dem unvermittelten römischrechtlichen Gegensatz zwischen universitas und communio bricht und den eigentümlichen Gestaltungen der mannigfaltigen korporativen Vereinigungen des modernen Lebens, die der Einordnung in die römischrechtliche Schablone widerstreben, durch Anerkennung von Zwischenbildungen, welche zwischen jenen beiden extremen Typen des römischen Rechts die Mitte halten*), gerecht zu werden sucht.

Hatte der Verfasser sich bereits ein hervorragendes Verdienst dadurch erworben, daß er in seinem deutschen Genossenschaftsrechte die geschichtlichen Grundlagen, aus welchen jene Theorie hervorwuchs, klar legte, so hat derselbe im vorliegenden Werke mit gleich glücklicher Hand den weiteren Ausbau jener Lehre auf dem Boden des heutigen Rechts in Angriff genommen.

Das Werk beginnt mit einer meisterhaft geschriebenen Einleitung (S. 1—14), in welcher der Entwickelungsgang der Ge-

*) Vgl. Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, vierte Auflage Theil I. S. 261 Note 1, wo sich das Programm dieser Lehre mit kurzen Worten skizziert findet.



nossenschaftstheorie und die von ihr unter mancherlei Kämpfen erreichten Erfolge in anschaulicher Weise dargestellt werden.

Die folgenden Kapitel behandeln die Entstehung der Körperschaften (Kap. I. S. 15—141), die Rechtsverhältnisse derselben (Kap. II. S. 141—338), die Rechtsgemeinschaften zur gesamten Hand (Kap. III. S. 339—603), das körperschaftliche Wollen und Handeln (Kap. IV. S. 603—809), die Veränderung und Beendigung der Körperschaften (Kap. V. S. 809—905). In einem Nachtrag zu der Einleitung und den drei ersten Kapiteln (S. 906—921) ist die bis zur Vollendung des Drucks erschienene neueste Literatur berücksichtigt.

Die Genossenschaftstheorie hat ihr Ziel, den Ersatz der herrschenden romanistischen Korporationstheorie durch eine aus dem deutschen Rechtsgedanken herausgestaltete moderne Körperschaftstheorie (S. 4), noch keineswegs erreicht. Wie der Verfasser selbst zugestehen muß (S. 905), steht die Rechtsprechung wie die Gesetzgebung noch unter dem Banne der ersteren, und auch in der Wissenschaft verhalten sich eine Reihe gewichtiger Namen*) ablehnend gegen die neue Lehre. Wie man aber auch sich zu derselben stellen möge, so darf doch ihre hohe Bedeutung für die Wissenschaft gegenwärtig nicht mehr in Zweifel gezogen werden. Eine Reihe im heutigen Rechtsleben sich aufdrängender Fragen, welche die romanistische Theorie in Verlegenheit setzten, sind von ihr wieder in Fluß und der Lösung näher gebracht worden, und gerade das vorliegende Buch zeigt, für wie weite Gebiete des Rechts die wissenschaftliche Anregung, welche von jener Theorie ausging, fruchtbringend gewirkt hat.

Der Verfasser hebt es mit Recht als einen bedeutsamen Schritt in dem Entwickelungsgange der Genossenschaftstheorie hervor, daß dieselbe die anfangs von ihr verwischte Grenze zwischen Genossenschaftsrecht und Individualrecht demnächst wieder scharf und klar zu ziehen sich bestrebte (S. 2, 10). Denn der Gegensatz zwischen universitas und communio, wie ihn das

*) Vgl. das Literaturverzeichnis bei Windscheid, Pandekten, sechste Auflage I. § 58 Note 5.



römische Recht intuitiv gefunden und ausgebildet hatte, ist und bleibt ein logischer, und es konnte daher der Versuch, die Scheidewand zwischen beiden einzureißen und jenen Gegensatz als eine überlebte Rechtsauffassung vergangener Zeiten zu beseitigen, niemals Aussicht auf Erfolg haben. Jener logische Gegensatz schließt es aber nicht aus, daß die beiden starren Rechtsfiguren des römischen Rechts in einem Jahrhunderte erfüllenden Werdeprozeß sich von den beengenden Fesseln einer schablonenhaften Jurisprudenz befreiten und dadurch befähigt wurden, einen volleren Inhalt zu erlangen und Elemente in sich aufzunehmen, welche, wenn auch den römischrechtlichen Gedankenkreisen fern liegend, dennoch geeignet waren, sich dem ihnen ursprünglich fremden Gebiete zu akkomodieren und auf das letztere fortbildend zu wirken. So trat neben die Genossenschaftstheorie, welche sich als eine moderne Fortbildung der alten römischen universitas darstellt, eine „über das römische Gedankensystem hinausschreitende moderne Gemeinschafts- und Gesellschaftstheorie" (S. 10), beide sich gegenseitig in manchen Punkten nähernd und beeinflussend, aber beide dennoch durch eine unüberbrückbare begriffliche Kluft getrennt (S. 339), den unüberwindlichen Gegensatz zwischen universitas und communio.

Aber noch ein ferneres Moment darf hier nicht unberücksichtigt bleiben. Der Verfasser bezeichnet das Genossenschaftsrecht als ein Reich höherer Ordnung (S. 340), welches als solches wohl befähigt ist, die in dem Individualrechte zu abgeschlossenen Bildungen ausgeprägten Inhalte als Elemente der eigenen Bildungen zu reproduzieren, welches aber selbst mit keinem seiner spezifischen Elemente in das Individualrecht eingehen kann, ohne dieses alsbald über sich selbst zu erheben und insoweit in Sozialrecht zu verwandeln. Es kam also darauf an, um dem Individualrecht, dem Recht der communio, gerecht zu werden, für dieses ein Rechtsprinzip aufzufinden, welches zwar die in dem letzteren vorhandenen Annäherungen an das Körperschaftsrecht in sich aufzunehmen im Stande war, dennoch aber nicht dem Körperschaftsrecht selbst angehörte. Dieses Prinzip hat die germanistische Theorie in der gesamten Hand des deutschen Rechts

gefunden und dieses altgermanische Rechtsprinzip zur Konstruktion einer Reihe von Gemeinschaftsbildungen unseres Rechtslebens, welche sich dem Korporationsbegriff nicht unterordnen lassen, benutzt.

Wollte daher der Verfasser dem Korporationsbegriff nach allen Richtungen hin gerecht werden, so mußte er die Darstellung desselben durch eine Erörterung der Rechtsgemeinschaften zur gesamten Hand ergänzen, um durch den Nachweis der Tragweite dieses entgegengesetzten Rechtsprinzips zugleich eine festere Abgrenzung des ersteren zu gewinnen.

Diesen Erwägungen verdankt der Leser die wertvollen Ausführungen des dritten Kapitels, dessen Erörterungen über das Recht der ehelichen Gütergemeinschaft und der Handelsgesellschaften zu den interessantesten des ganzen Werks gehören.

Die vorstehenden Andeutungen mögen genügen, um zu zeigen, daß uns in dem Gierke'schen Buche eine literarische Leistung von nicht zu unterschätzender Bedeutung vorliegt. Mag man immerhin über Einzelheiten mit dem Verfasser streiten, mag man auch den Grundanschauungen desselben ablehnend gegenüberstehen, allemal bietet das mit lebendiger Frische und durchdringender Klarheit geschriebene Buch des Anregenden so viel, daß es auch dem größeren juristischen Publikum aufs wärmste empfohlen werden kann.

Die praktische Brauchbarkeit des Buchs wird durch ein sehr ausführliches Inhaltsverzeichnis und ein sorgfältig gearbeitetes Sachregister nicht unwesentlich erleichtert.

Gerhard Buchka.

Otto Gierke, Der Humor im deutschen Recht. Zweite Auflage. Berlin, Weidmannsche Buchhandlung. 1887. 82 S. Preis 2,40 Mark.

Vorliegende kleine Schrift erschien zum ersten Mal im Jahre 1871 als Festgabe zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum Ho-

meyers. Die gegenwärtige zweite Auflage, dem Andenken des damaligen Jubilars gewidmet, ist ein im wesentlichen unveränderter Abdruck, welcher, wie der Verfasser in der Vorrede bemerkt, nur im einzelnen Verbesserungen und Ergänzungen erfahren hat.

Der Verfasser geht von dem Gedanken aus, daß das Recht, wenn es auch begrifflich überall und zu allen Zeiten dasselbe bleibt, dennoch in der konkreten Gestalt, in welcher es bei den einzelnen Völkern auftritt, Wandlungen unterworfen ist, welche als um so tiefgehendere erscheinen, je weiter der Zeitabschnitt, den wir ins Auge fassen, bereits hinter uns liegt.

Diese Wandlungen haben auf den verschiedenen Lebensstufen der Völker im allgemeinen zwar einen typischen Charakter, welcher überall wiederkehrt, andererseits gestalten sich dieselben aber im einzelnen in der verschiedensten Weise, dem individuellen Entwickelungsgange jedes einzelnen Volkes entsprechend.

So ist es ein dem älteren deutschen Recht mit anderen jugendlichen Rechten gemeinsamer Zug, daß das Recht mit der Sitte und dem Sittlichen überhaupt aufs engste verbunden ist. Die Art und Weise aber, wie der ethische Faktor im deutschen Recht wirkt, kehrt in keinem anderen Rechte wieder, wie an einer Anzahl von Beispielen nachgewiesen wird. Ebenso ist der poetische Charakter des alten deutschen Rechts etwas spezifisch Deutsches und insbesondere auch die in demselben hervortretenden humoristischen Züge, welche im deutschen Rechte stets eine besondere volkstümliche Wendung und Färbung erhalten.

Einer Zusammenstellung der letzteren aus volkstümlichen Rechtsquellen, welche übrigens auf Vollständigkeit keinen Anspruch macht, wie der Verfasser in der Vorrede (vgl. auch S. 73) ausdrücklich hervorhebt, ist die nachfolgende Darstellung (S. 27 ff.) gewidmet. Dieselbe, aus einer umfassenden Kenntnis unserer deutschen Rechtsaltertümer hervorgegangen, giebt dem Leser ein interessantes und anschauliches Bild von dem Reichtum und der Fülle der Formen, in welche unsere Vorfahren ihr nationales Recht zu kleiden wußten, im schneidenden Gegensatz zu einer späteren Zeit, welcher das Verständnis für die Anschauungen,

aus welchen jene Formen hervorgegangen waren, so völlig entschwand, daß es ihr eifrigstes Bestreben war, dieselben mit Stumpf und Stiel auszurotten und an ihre Stelle die farblose abstrakte Regel zu setzen, welche unser modernes Rechtsleben beherrscht.

Die beachtenswerte kleine Schrift schließt mit einer Betrachtung darüber, daß es ein vergebliches Bemühen sein würde, die einer vergangenen Kulturepoche angehörigen altdeutschen Rechtsformen in der Gegenwart wieder neu beleben zu wollen, daß aber auch uns Nachgeborenen die Aufgabe bleibt, unserem Rechte den für sein Gedeihen unentbehrlichen Zusammenhang mit dem Volksgeiste, welcher in einer langen Periode mehr und mehr verloren gegangen war, zu sichern und neuzubeleben durch die Wiederheranziehung des Volks zur Mitarbeit im Rechtsleben und durch die Vertiefung des gelehrten Rechts durch die im Volksbewußtsein lebenden nationalen Rechtsgedanken.

Gerhard Buchka.

Th. Hergenhahn, Das Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht, dargestellt nach der Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. Separatabdruck aus Band VII. Heft 2 und 3 des „Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart“. Hannover 1888. Helwingsche Verlagsbuchhandlung (Th. Mierzinsky, Königl. Hofbuchhändler). VI u. 133 S. Preis 2 Mark.

Der Verfasser hat sich eine systematische Zusammenstellung der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Eheschließungs- und Ehescheidungssachen, ohne dieselbe jedoch einer kritischen Prüfung zu unterziehen, zur Aufgabe gestellt. Diesem Plane gemäß teilt er die wichtigeren in bezug auf diese Materien ergangenen Reichs-

gerichtsentscheidungen in Auszügen mit, in welchen „die wesentlichen rechtlichen Gesichtspunkte der Entscheidungen fixiert werden und eine Erwähnung der thatsächlichen der Entscheidung zu Grunde liegenden Verhältnisse sowie der Entscheidungsgründe insoweit erfolgt, als es zum Verständnis der Entscheidung erforderlich erscheint, beziehungsweise als die Wiedergabe der Gründe allgemeinere Gesichtspunkte in rechtlicher Beziehung erkennen läßt" (S. 4).

Nach einer kurzen den Plan der Arbeit rechtfertigenden Einleitung (S. 1—4) wird im ersten Abschnitt (S. 4—68) das materielle Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht, im zweiten Abschnitt (S. 69—103) das Eheprozeßrecht behandelt, während im dritten Abschnitt (S. 104—115) strafrechtliche Entscheidungen über die Stellung uud Pflichten der Standesbeamten und die Bestimmungen in betreff der Standesregister, sowie über die Strafverfolgung wegen Ehebruchs mitgeteilt werden.

Dem Zwecke einer allgemeinen Orientierung über die Rechtsprechung des Reichsgerichts in den angegebenen Materien dürfte die Arbeit entsprechen. Will man sich dagegen eingehender mit dieser Materie beschäftigen, so ist allemal ein Zurückgreifen auf die vollständigen Enscheidungen zu raten, da die Bedeutung und Tragweite der ausgesprochenen Rechtsgrundsätze oft erst durch die gesamten thatsächlichen Verhältnisse des einzelnen Rechtsfalles, dessen Entscheidung durch sie begründet wurde, in das rechte Licht gestellt wird.

Zur Erleichterung des Gebrauchs ist ein Sach- und ein Gesetzesregister, sowie ein chronologisches Verzeichnis der berücksichtigten Entscheidungen (von welchen die jüngste vom 25. April 1887 datiert) beigegeben.

Gerhard Buchka.

Die Außerkurssetzung der Inhaberpapiere nach preußischem Recht unter Berücksichtigung des übrigen partikularen und des gemeinen deutschen Rechts. Von Dr. **Richard Marsson**, Gerichts-Assessor. Berlin, Franz Vahlen, 1887. XV und 152 SS. Preis: 3 Mark.

Das in dieser Monographie behandelte Institut hat im preußischen Rechte seinen Ursprung. Die Außerkurssetzung der Inhaberpapiere ist in Preußen ohne Mitwirkung der Schuldner durch den Vermerk öffentlicher Behörden und von Privatpersonen zuläßig und findet dort ausgedehnte Anwendung. Trotz mehrfachen Eingreifens der Gesetzgebung ergeben sich vielfach Bedenken wegen der Gültigkeit der die Außer- und Wiederinkurssetzung betreffenden Vermerke, welche auch außerhalb der Monarchie praktisches Interesse haben, da nach der vom Reichsgericht in den Entscheidungen in Civilsachen Bd. 4 Nr. 41 ausgesprochenen Ansicht hiefür das Recht des Emissionsortes der Papiere maßgebend ist. Der Verfasser giebt neben einer eingehenden Darstellung des gegenwärtigen Rechtszustandes in Preußen eine dogmengeschichtliche Entwickelung der Entstehung desselben, er berücksichtigt auch die sonstigen Partikularrechte und bespricht die Grundsätze des gemeinen Rechts. Bezüglich letzterer entscheidet er sich gegen das Reichsgericht in dem erwähnten Urteil mit guten Gründen dafür, daß die Außerkurssetzung ohne Zustimmung des Schuldners unzuläßig ist. Die Schrift ist sowohl für Juristen, wie für Geschäftsleute bestimmt und brauchbar.

Burmeister.

Französisches und Englisches Handelsrecht im Anschluß an das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. Von **W. Späing**, Amtsrichter in Berlin. Berlin,

Franz Vahlen, 1888. VIII und 538 SS. Preis: 8 Mark.

Der Verfasser hat sich die Aufgabe gestellt, eine für den deutschen Kaufmann und Juristen verständliche Darstellung des französischen und englischen Handelsrechts unter Ausschluß des Seerechts zu geben, und dasselbe in der Weise ausgeführt, daß er neben die Artikel des deutschen Handelsgesetzbuchs die entsprechenden Bestimmungen der beiden fremden Rechte hinstellt. Die Schwierigkeit der Arbeit ergiebt sich daraus, daß der Code de commerce eine erschöpfende Gesetzgebung über die Materie nicht enthält, und in England eine Kodifikation des Handelsrechts nicht stattgefunden hat, so daß ein Zurückgehen auf das allgemeine Recht beider Staaten notwendig wurde. Die gewählte Ordnung ist zur Einführung in das Studium der fremden Rechte, wie für die Rechtsvergleichung sehr geeignet. Ein Verzeichnis der neben den Gesetzen benutzten Literatur findet sich auf S. VII und VIII.

Burmeister.

M. Greiff, **Sachregister zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.** Berlin, Franz Vahlen, 1888. 182 SS. Preis: kart. 2 Mark.

Paul Alexander-Katz, **Erläuternde Anmerkungen zu den Vorschriften des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.** Bearbeitet und mit einer Einleitung versehen. Erste Abteilung. Berlin, Franz Vahlen, 1888. 160 SS. Preis: 2 Mark.

Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches fordert, nachdem er nunmehr abgeschlossen vorliegt, ein intensives Studium

seiner Vorschriften seitens der ganzen deutschen Juristenwelt. Jedes Hilfsmittel, welches uns dies Studium erleichtert, müssen wir mit Dank begrüßen. Die um die Rechtswissenschaft hochverdiente Verlagshandlung von Franz Vahlen in Berlin hat uns zwei solche Hilfsmittel in den oben genannten Werken zur Verfügung gestellt.

Referent hat bei der Korrektur seines Aufsatzes oben S. 163 ff. das Büchlein von Greiff sorgfältig mit seiner eigenen Materialiensammlung verglichen und verdankt ihr manche wesentliche Ergänzung derselben. Das Sachregister ist für den, der über irgend einen einzelnen Rechtsbegriff und seine verschiedenen Verwendungen und Kombinierungen mit anderen Rechtsbegriffen im Entwurf abschließende Auskunft sich erholen will, ganz unentbehrlich. Wer z. B. über die Regelung der verschiedenen Beziehungen des Konkurses zum Civilrecht im Entwurf sich orientieren will, dem weist der Verfasser unter „Konkurs" sorgfältig alle die durch den ganzen Entwurf zerstreuten Paragraphen nach, in denen diese Regelung enthalten ist. Wer zum § 723 des E. ersehen will, in welchen Fällen ein „Anspruch auf Unterhalt" im Sinn dieses Paragraphen gegeben sei, der schlage im Sachregister sub „Unterhaltungspflicht" nach und wird sich alsbald vollständig informiert finden.

Die Arbeit, der sich der Verfasser auf diese Weise unterzogen hat, war eine sehr mühsame und ist von ihm in dankenswert kurzer Frist nach Veröffentlichung des Entwurfes fertig gestellt worden. Kein Wunder daher, wenn sich so manche Fälle nachweisen lassen, wo das Sachregister lückenhaft, ungenügend oder auch unrichtig ist. So vermißte Referent z. B. die Aufnahme der Begriffe „böswillig" (§§ 368 Abs. 2, 2001 Z. 6), „Ursache" oder „verursachen" (vgl. oben S. 216 N. 109) in das Register; so erscheinen als unvollständig die Citate z. B. zu „Einwendungen" (es fehlen §§ 316, 676, 955 E.), „Telegraphische Übermittelung" (es fehlt § 94), „Vermögen" (s. oben S. 223 ff. N. 117), „Vorsatz" (es fehlen z. B. §§ 56, 257, 931 und die zahlreichen §§, welche von „vorsätzlicher" Begehung einer Handlung reden); so dürfte es unrichtig sein, wenn sub „Notstand" und wieder sub

„unerlaubte Handlung“ dem § 187 der Gedanke des Notstandes untergeschoben wird, während er doch einem viel weiter reichenden Gedanken der Selbstverteidigung Ausdruck verleiht.*)

So dankbar übrigens das rasche Erscheinen des Sachregisters zu begrüßen ist, so können wir doch den Wunsch nicht unterdrücken, daß es dem Verfasser möglich gewesen wäre, das Erscheinen der Motive abzuwarten und dann auch diese mitzuverwerten. Wer den Entwurf studieren will, der wird nicht nur dessen Bestimmungen positiv zu ergründen suchen, sondern auch wissen wollen, weswegen er über so manche Rechtsinstitute, deren Regelung bisher im Civilrecht erfolgte, im Entwurf nichts findet (vgl. auch des Verfassers Vorwort). Darüber geben die Motive sorgfältig Aufschluß, einen Aufschluß, der häufig ein ganz neues Licht auf einzelne Vorschriften des Entwurfs selber wirft. Die Verwertung der Motive hätte z. B. das Sachregister bereichert mit den Begriffen „Autonomie“ (Motive I. 10), „Chikane“ (Motive I. 274), „Prozeßbeginn“ (M. I. 360), „res extra commercium“ (M. III. 25 ff., s. auch II. 177), „Rechtsbesitz“ (M. III. 477) u. a. m.

Vielleicht läßt sich das in dieser Richtung Versäumte bei einer zweiten Auflage, die das Büchlein sicher bald erleben wird, nachholen. Schon so wie es zur Zeit vorliegt, bietet es, was der Verfasser leisten wollte: eine Erleichterung des Eindringens in das monumentale gesetzgeberische Werk (Vorwort), in vollstem Maße, wozu auch das im Anhange beigefügte „Register derjenigen Vorschriften des Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuches und einiger Reichsgesetze, auf welche in Paragraphen des Entwurfs Bezug genommen worden ist“ nicht unwesentlich beiträgt. —

Der Verfasser der „erläuternden Anmerkungen“ beabsichtigt, „durch sie zu eindringendem Studium des Entwurfes an(zu)regen, um dessen richtige Würdigung zu befördern, indem sie den Überblick über den Entwurf und das Verständnis desselben zu erleichtern suchen.“ Zu diesem Zweck bringt er in der vor-

---

*) S. oben S. 189. Sub „unerlaubter Handlung“ S. 130 Z. 10 v. o. muß es übrigens statt „an sich unerlaubter“ heißen „an sich erlaubter“.

liegenden ersten Abteilung zunächst in einer Einleitung (S. 1—52) einen Abriß der Entstehungsgeschichte des Entwurfs und eine gute Zusammenfassung der Hauptgrundsätze desselben; dann aber einen kommentierten Abdruck des Entwurfes selbst (bis § 303), dessen Charakter wir unsren Lesern vielleicht am besten veranschaulichen können durch die Bezeichnung als „Textausgabe mit kurzen Anmerkungen und Parallelstellen", wie wir sie in großer Zahl für unsre bereits in Geltung befindlichen Reichsgesetze besitzen. So nützlich und unentbehrlich nun aber auch derartige Textausgaben für die praktische Anwendung bereits in Geltung befindlicher Gesetze sein mögen, für das Eindringen in das Verständnis eines Gesetzesentwurfes scheinen sie mir wenig Wert zu besitzen. Insbesondere dann nicht, wenn uns zu letzterem Behuf solche Hilfsmittel zu Gebote stehen, wie die nun bis zum § 1226 E. reichenden vortrefflich gearbeiteten Motive. Wer den Entwurf gründlich kennen und verstehen lernen will, der muß unter allen Umständen die Motive studieren; die „erläuternden Anmerkungen" können (und wollen) dies Studium nicht ersetzen; man versuche nur einmal, wie Referent es gethan, einen Abschnitt des Entwurfs zuerst durch Lektüre dieser Anmerkungen sich klar zu machen, und lese darauf zu dem nämlichen Abschnitt die Motive! Die Unumgänglichkeit des Studiums der Motive leuchtet alsbald von selbst ein. Was aber soll uns das Büchlein dann nützen? „Zu eindringendem Studium des Entwurfs anregen", meint der Verfasser. Allein dann hätte er sich die große Mühe, welche in seiner Arbeit steckt, wahrlich nicht zu geben gebraucht. Die nötige Anregung zu eindringendem Studium ist in der Thatsache der Existenz und in dem Inhalt des Entwurfes selbst schon hinreichend gegeben. Fragt sich also nur, ob die erläuternden Anmerkungen uns etwa Behelfe zum Studium des E. bieten, welche wir in den Motiven nicht finden? Und hier räumt Referent nun gerne ein, daß er manchmal in dem vorliegenden Büchlein passenden Hinweisungen auf illustrierende Paragraphen des Entwurfs der Civilprozeßordnung, der Konkursordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes begegnete, welche er in den Motiven nicht fand; wie es ihm denn anfangs

auch eine von den Motiven meist nicht gebotene Erleichterung des Studiums des Entwurfes war, bei technischen Ausdrücken, wie „Handlung", „Geschäftsfähigkeit", „Anspruch", „Schadensersatz", „Inventarerbe" u. s. w., immer gleich die definierenden Paragraphen des Entwurfes citiert zu finden. Allein die Begriffsbestimmungen des Entwurfs prägen sich bald so dem Gedächtnisse ein, daß nun die immer und immer wiederkehrende Hinweisung auf jene Paragraphen mehr störend wirkt. Die sonstigen Verweisungen aber, welche die „erläuternden Anmerkungen" etwa vor den Motiven voraushaben, sind, soweit sie überhaupt versteckter liegendes Material heranziehen, so wenig zahlreich, daß sie allein dem Büchlein einen selbständigen Wert nicht zu verleihen vermögen.

Kurz das Urteil über das vorliegende Unternehmen wird wohl kaum anders lauten können als: „ist zu entbehren."

Birkmeyer.

Das Kostenfestsetzungsverfahren und die deutsche Gebührenordnung für Rechtsanwälte mit Erläuterungen und Beispielen von Willenbücher, Landgerichts-Direktor. 2. umgearbeitete Auflage. Berlin, H. W. Müller, 1888. VII und 197 SS. Preis: kart. 4 Mark.

Das bereits im 4. Band dieser Zeitschrift S. 381 empfohlene Buch hat wohlverdientermaßen seine zweite Auflage erlebt. Dieselbe nennt sich mit Recht eine umgearbeitete. Sie ist es in allen den drei Teilen, in welche das Buch, wie in der ersten Auflage, zerfällt. Selbst die den dritten Teil bildenden Beispiele sind zum großen Teil neue. Der Verfasser war zu bescheiden, um die zweite Auflage zugleich eine verbesserte zu nennen. Er wäre auch dazu völlig berechtigt gewesen. Das Buch

ist verbessert schon in seiner äußeren Anlage: der Inhalt des ersten Teils ist systematischer geordnet und übersichtlicher dargestellt. Dadurch ist es ermöglicht worden, ihn auf 50 Seiten (statt 62 in der ersten Auflage) zusammenzudrängen, was dann der Erläuterung der Rechtsanwalts-Gebührenordnung zu statten gekommen ist, welche nunmehr — entsprechend dem durch Praxis und Theorie inzwischen herbeigeschafften reicheren Auslegungsmaterial — 83 Seiten (gegen 43) einnimmt. Aber auch inhaltlich zeigt sich das Buch überall als ein verbessertes. Wir heben hervor, daß insbesondere das Handbuch von Wach, wo immer Gelegenheit sich bot, sorgfältig verwertet; daß die Judikatur des deutschen Reichsgerichts erschöpfend berücksichtigt ist; daß Verfasser nunmehr bei der Kommentierung der Gebührenordnung zum Vorteil seines Buches aus den Gesetzes-Materialien direkt geschöpft, und daß er auch das von uns der ersten Auflage gegenüber gerügte Versehen auf S. 40 der zweiten Auflage ausgemerzt hat.

Wir empfehlen das Buch von neuem angelegentlich unsren Lesern.

Birkmeyer.

Das Verteilungsverfahren innerhalb der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen bearbeitet durch Schönfeld, Amtsrichter. Berlin, Franz Siemenroth, 1887. 54 SS. Preis: kart. 1,20 Mark.

Nach einer Einleitung, welche das Verteilungsverfahren der §§ 758—768 CPO. und seine Stellung innerhalb der Zwangsvollstreckung im Allgemeinen charakterisiert (S. 1—11), folgt ein Abdruck der citierten §§ mit erläuternden Bemerkungen (S. 12—50); den Schluß bildet ein Sachregister (S. 51—54), Das Büchlein, obgleich zunächst für den preußischen Praktiker

geschrieben, auf welchen allein die Citate der einschlägigen Ausführungsbestimmungen Rücksicht nehmen, dürfte für die Rechtsanwendung auch im übrigen Deutschland nicht ohne Wert sein. Weder preußisch noch sonst deutsch aber ist die entsetzliche Diktion, die uns in dem kleinen Büchlein so häufig begegnet. Drei Proben, alle derselben Seite 43 (zu § 766) entnommen, mögen als Belege genügen: „Durch das sich offen gehaltene Gatter verläßt der Widersprechende das Gehege der Zwangsvollstreckung und betritt das freie Feld des Prozesses", heißt es auf Z. 7 v. o. Zwei Zeilen weiter kommt dann: „Um mit Hilfe des Prozeßrichters die Fugen des Planes zu seinem Vorteile verändern zu können" u. s. w. Und etwas weiter unten endlich (vgl. auch die nämliche Konstruktion im Vorwort vv.: „Daher däucht es als ein unabweisbares Gebot") lesen wir: „Ebenso dünkt die Klage eines Gläubigers .... unbegründet" u. s. f.

Birkmeyer.

Unter den

Kommentaren zur Civilprozeßordnung

haben die drei von Lothar Seuffert, von Struckmann & Koch und von von Wilmowski & Levy einerseits allen übrigen den Vorrang abgelaufen, andrerseits sich alle drei nebeneinander dauernd in der Gunst des juristischen Publikums erhalten. Das beweist das Erscheinen immer wieder neuer Auflagen. Nachdem vor nicht langer Zeit die 5. Auflage des Struckmann & Koch'schen Kommentars vollendet ist — XXVI und 1198 SS. Lexikon-Format. Preis 21 Mark —, liegen nun vor uns die ersten Lieferungen der 4. Auflage des Kommentars von Seuffert und der 5. Auflage des Kommentars von von Wilmowski & Levy. Wir haben die wissenschaftliche und praktische Bedeutung dieser drei Kommentare, sowie ihr gegenseitiges Wertsverhältnis bereits im dritten Bande dieser Zeitschrift (S. 127 ff., bezw. S. 387 ff.)

so eingehend gewürdigt, daß wir glauben, darauf zurückweisen zu dürfen. Wir können uns hier mit der Bemerkung begnügen, daß, soviel dies bei den beiden letzteren die bis jetzt erschienene 1. Lieferung ersehen läßt, alle drei sich auf ihrer Höhe erhalten haben. Vergleichen wir die Aufeinanderfolge der Auflagen bei den einzelnen:

bei Struckmann & Koch 1877, 1879, 1880, 1883, 1887,
bei v. Wilmowski & Levy 1877, 1880, 1883, 1886, 1888,
bei Lothar Seuffert 1879, 1883, 1886, 1888,

so möchte es uns scheinen, als ob der letztere allmählich die Führung unter den dreien übernehmen wolle, was unser a. a. O. geäußertes Urteil bestätigen würde.

Birkmeyer.

Archiv für Strafrecht, begründet durch Dr. Goltdammer, fortgesetzt vom Reichsgerichtsrat Meves in Leipzig. 35. Band, erstes Heft. Berlin 1887. R. v. Decker's Verlag.

Die Redaktion dieses bekannten Archivs hat mit dem jetzt erscheinenden Bande der Herr Reichsgerichtsrat Meves übernommen. In dem kurzen Vorworte wird eine Fortsetzung des Archivs nach den bisherigen bewährten Grundsätzen verheißen; es soll namentlich erstrebt werden, das Archiv zu einem Vermittler zwischen Theorie und Praxis zu gestalten, die Auslegung der gesetzlichen Vorschriften zu erleichtern, Material zu ihrer Erläuterung und ihrem Verständnis zusammenzutragen, auf Lücken und Fehler der Gesetze hinzuweisen und zu dem Zwecke auch den Aussprüchen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands gebührende Berücksichtigung zu widmen. Daneben soll auch den auswärtigen Strafrechten, insonderheit dem österreichischen, sowie der Litteratur das Augenmerk zugewendet und sollen neu erscheinende Werke einer eingehenden Besprechung unterzogen werden.

Der Name des jetzigen Leiters des Werkes bietet eine Gewähr dafür, daß dasselbe diesen Verheißungen entsprechen wird.

Das vorliegende Heft enthält folgende Abhandlungen:

„Die Strafprozeßordnung und ihre Reform." Von Meves.

„Bemerkungen zu den §§ 61 und 69 in Beziehung auf den § 172 des StGB." Vom Amtsrichter Conrad.

„Zur Lehre von der Idealkonkurrenz." Vom Landgerichtsrat Ortmann in Dresden.

„Die Absicht zu beleidigen und § 193 des StGB." Vom Assessor Dr. Frank.

Sodann wird eine Reihe von Entscheidungen des Reichsgerichts, des Kammergerichts und des k. k. obersten Gerichts- und Kassationshofes zu Wien mitgeteilt, woran sich ein Literaturbericht schließt.

Blanck.

Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871. Mit den Entscheidungen des Reichsgerichts. Herausgegeben von Dr. P. **Daude**, Universitätsrichter in Berlin. Dritte Auflage. Berlin, H. W. Müller, 1888. VII und 412 SS. Preis: — Mark.

Das vorliegende Werkchen, dessen beide erste Auflagen wir in dieser Zeitschrift Bd. III. S. 338, 339 und Bd. V. S. 345 angezeigt haben, dürfen wir wohl als ein der Praxis unentbehrliches bezeichnen. Dem Verfasser ist es auch in der neuen Auflage gelungen, die größte Gefahr für die Brauchbarkeit seines Büchleins: das dem Anwachsen der reichsgerichtlichen Judikatur entsprechende Anschwellen seines Umfanges zu unhandlich machenden Dimensionen glücklich zu vermeiden. Dank geschickter Zusammenfassung des Stoffes ist der das Strafgesetzbuch selbst enthaltende Kern des Buches nur um 20 Seiten (350 gegen 330)

stärker geworden. Der Anhang, welcher in der 2. Auflage nur die Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Zuständigkeit der Gerichte in Strafsachen enthielt, ist jetzt durch den Abdruck von 8 weiteren für die Strafrechtspraxis besonders wichtigen Gesetzen, darunter insbesondere das Sozialisten- und das Sprengstoffgesetz, vermehrt. In künftigen Auflagen, wenn die Reichsgerichtsentscheidungen zum StGB. selbst einen noch größeren Raum beanspruchen werden, wird zur Entlastung des Büchleins dieser Anhang wohl überhaupt verschwinden müssen. Und für diese Eventualität möchten wir schon heute einen Wunsch aussprechen: möge es doch dem Herrn Verfasser gefallen, künftighin die wichtigsten Reichsstrafnebengesetze in gleicher Weise, wie das Reichsstrafgesetzbuch, „mit den Entscheidungen des Reichsgerichts" in einem besonderen Bändchen herauszugeben! Er würde dadurch eine Lücke in unsrer Literatur ausfüllen und allgemeinen Dankes sicher sein.

Schließlich sei es uns noch gestattet, den Herrn Verfasser darauf aufmerksam zu machen, daß in R. 94 zum § 219 das Urteil vom 10. IV. 1880 zweimal in bezug genommen wird, und daß er zwar beim zweiten Citat, unsrer Anregung folgend, das „R. 1, 639" in „R. 1, 568" korrigiert, dagegen beim ersten Citat das unrichtige „R. 1, 639" hat stehen lassen.

Birkmeyer.

Das Dynamitgesetz vom 9. Juni 1884. Eine systematische Darstellung als Beitrag zur Frage nach der Revision des Gesetzes von Alfons Scheiff, Referendar. Berlin, Franz Siemenroth, 1886. 70 SS. Preis: — Mark.

Der Verfasser bespricht nach einer kurzen Einleitung im I. Teil der seinem Lehrer Hälschner gewidmeten Schrift die Entstehungsgeschichte und die gewerbepolizeilichen Bestimmungen,

im II. Teil den strafrechtlichen Inhalt des Gesetzes. Er übt an dem letzteren — welches im Anhang abgedruckt ist — eine scharfe, aber meist gerechte Kritik, welche ihn auf S. 66 zu dem Wunsche führt, daß eine baldige Revision ein Gesetz herstellen möge, „das unerbittlich streng jeden wirklichen Mißbrauch von Sprengstoffen ahndet, durch scharfe Fassung seiner Bestimmungen aber Unschuldige schützt und die Verwendungen des nötigen Dynamits zu legalen Zwecken nicht unnötig erschwert.“ Diesem Wunsche können wir uns — unter Anerkennung seiner guten, oft allerdings sehr eng an Hälschner's Aufsatz im Gerichtssaal Bd. XXXVIII. sich anlehnenden, Begründung — nur anschließen.

Birkmeyer.

Das Deutsche Zoll- und Steuerstrafrecht. Für den Handgebrauch zusammengestellt von Paul von Mangoldt, Landgerichtsdirektor. (Handausgabe Deutscher Reichsgesetze. 29. Band). Leipzig, Roßberg, 1886. VI und 220 SS. Preis: broch. 2 Mark, elegant gebunden 2,50 Mark.

Ein empfehlenswertes Büchlein, das leider inzwischen durch die rege Thätigkeit unserer Reichs-Steuergesetzgebung schon wieder unvollständig geworden ist. Im Übrigen enthält es mehr, als sein Titel richtig verstanden besagt, da auf S. 146 ff. auch die Stempelgesetze, soweit hieher gehörig, abgedruckt sind. Auf der anderen Seite enthielt es für Mecklenburg, auch abgesehen von der Steuergesetzgebung des Jahres 1887, insofern eine Lücke, als das Gesetz vom 8. Juli 1868, die Besteuerung des Branntweins betr., mit den dazu gehörigen Verordnungen (absichtlich: s. S. 145) nicht mit aufgenommen ist. Die beigefügten An-

merkungen sind durchaus geeignet, die praktische Brauchbarkeit des Büchleins zu erhöhen.

Birkmeyer.

Mitteilungen über den Hexenprozeß in Deutschland, insbesondere über verschiedene Westphälische Hexenprozeßakten. Von Dr. H. Pollack, Landrichter in Cöslin. Berlin, Franz Siemenroth, 1886. 50 SS. Preis: 1,20 Mark.

Das Büchlein zerfällt nach einem kurzen Vorwort in drei Abschnitte: „I. Einleitende Bemerkungen über die Entwickelung des Hexenprozesses und das Prozeßverfahren" (S. 1—16), „II. Mitteilungen aus Originalakten" (S. 16—36), „III. Der Kampf gegen den Hexenprozeß" (S. 36—50). Nur der zweite Abschnitt kann und will Anspruch auf — wenigstens relative — Originalität und Selbständigkeit erheben. Von den beiden anderen Abschnitten sagt der Verfasser im Vorwort selbst, daß sie nicht beabsichtigen, „den Ergebnissen der neuesten wissenschaftlichen Forschungen über das gedachte Thema Wesentliches hinzuzufügen oder sie in irgend welcher Richtung umzustoßen." In Wahrheit ist ihr ganzer Inhalt in starker Anlehnung und häufig beinahe wörtlich aus Wächter's Beiträgen zur Deutschen Geschichte, insbesondere zur Geschichte des Deutschen Strafrechts, und aus Soldan's Geschichte der Hexenprozesse geschöpft. Aber auch, was der zweite Abschnitt allenfalls „der Wissenschaft an neuem Detailmaterial zur Unterstützung ihrer bisherigen Forschungen bietet" (Vorwort), ist Angesichts des schon vorhandenen Materials dürftig und unbedeutend genug.

Birkmeyer.

Anleitung zur Bearbeitung der Strafsachen bei den Amtsgerichten mit Berücksichtigung des Bureau- und Kostenwesens nebst einem Anhalt, enthaltend die Vorschriften über Strafnachrichten, Zählkarten und ein Formularverzeichnis. Von C. Kurtz, Königl. Amtsrichter zu Tremessen. Verlag von Franz Siemenroth in Berlin. 1887. Preis 3 Mark.

Der Verfasser will in erster Linie den im Vorbereitungsdienst begriffenen jüngeren Juristen eine kurze übersichtliche Zusammenstellung der Normen des Strafprozesses bieten und sie an der Hand von Beispielen in die Praxis einführen, hofft aber, daß sich auch gereiftere Juristen, die in Kürze einen Überblick über den Strafprozeß in seiner jetzigen Gestalt gewinnen wollen, für das Buch interessieren werden, sowie daß das Buch auch denjenigen, die sich für den Gerichtsschreiberdienst vorbereiten und in demselben selbständig thätig sind, willkommen sein werde, da außer dem prozessualen Verfahren auch die Bestimmungen über die geschichtliche Behandlung der Strafsachen in den Gerichtsschreibereien und das Kostenwesen Berücksichtigung gefunden hätten.

In dieser Erwartung wird sich der Verfasser auch nicht getäuscht haben, und kann das Buch namentlich als Hilfsmittel zur Einführung in die Praxis empfohlen werden.

Das Buch zerfällt in 5 Teile. In dem ersten Teile — Seite 1—54 — wird in gedrängter Kürze — bedauerlich ohne Anführung der Gesetzesstellen und der partikularrechtlichen, ausschließlich preußischen Verordnungen — ein Abriß des Strafprozesses gegeben, in welchem, nachdem auf Seite 1—7 von der Gerichtsorganisation gehandelt ist, die Normen über das Verfahren in den verschiedenen Arten des Prozesses, z. B. bei voraufgegangenen polizeilichen Strafverfügungen, bei amtsrichterlichen Strafbefehlen, bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle, bei Privatklagen, sowie auch bei einzelnen prozessualischen Handlun-

gen, z. B. Zeugenvernehmungen, Augenschein, Leichenschau 2c., ferner — Seite 47—52 — bei Rechtsmitteln, Wiederaufnahme des Verfahrens, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und auf Seite 53 und 54 bei der Strafvollstreckung zweckmäßig und wesentlich vollständig zusammengestellt sind. Eingehendere Erörterungen findet man nirgends, wie solche allerdings auch nicht in der Aufgabe lagen.

Der zweite Teil behandelt auf S. 55—132 „die Strafprozeßpraxis“. Es wird dargestellt, wie der Richter in einzelnen konkreten Fällen zu verfügen hat, und werden die Verfügungen, insonderheit auch die Ladungen und Vernehmungsprotokolle formuliert. Auch in diesem Teile sind die verschiedenen Arten des Verfahrens berücksichtigt, zunächst — Seite 55 bis 68 — das Vorverfahren, sodann das Hauptverfahren in Sachen, die zur ursprünglichen Zuständigkeit der Schöffengerichte gehören, sowie in überwiesenen Sachen, ferner das Verfahren aus § 211 der StPO. u. s. w.; besonders eingehend ist berücksichtigt das Verfahren in Forst- und Feldrügesachen und bei feld- und forstpolizeilichen Vergehen und Übertretungen auf Grund der betreffenden preußischen Gesetze auf Seite 106—124, woran sich das Verfahren in Privatklagesachen reihet. Nicht erwähnt ist, wie der Amtsrichter zu verfügen hat in solchen an ihn gelangenden Sachen, die außerhalb seiner Zuständigkeit liegen.

Der dritte Teil — Seite 133—148 — bespricht die Bildung der Schöffengerichte und der Vorschlagsliste der Geschworenen, und werden auch hier die erforderlichen Verfügungen in wörtlicher Formulierung gegeben.

Im vierten Teile — Seite 149—168 — wird von der büreaumäßigen Behandlung der Strafsachen gehandelt unter Beifügung der zu führenden Register und Verzeichnisse, wie solche in Preußen eingerichtet sind.

Der fünfte Teil bringt eine Zusammenstellung der Vorschriften bezüglich der Kosten in Strafsachen — §§ 496—505 der StPO. — unter Berücksichtigung der Fälle, in denen Zeugen und Sachverständige, der Verteidiger und der Antragsteller zur Kostenerstattung verpflichtet sind — §§ 50, 69, 77, 145

und 175 der StPO. — neben den interessierenden Bestimmungen des Gerichtskostengesetzes.

Der Anfang enthält eine Zusammenstellung der Vorschriften über die Strafregister in beihalt der Bundesratsverordnung de 16. Juni 1882 und über die Zählkarten und ein Verzeichnis der Reichsformulare und der preußischen Landesformulare in Strafsachen. Ein ausreichendes Sachregister ist dem Buche beigefügt.

Blanck.

Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege. Herausgegeben von den Mitgliedern des Oberlandesgerichts zu Stuttgart und des Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer. Erster Band, erstes Heft. Tübingen, Laupp, 1887.

Infolge des am 5. Januar 1884 erfolgten Todes des Obertribunals-Vicepräsidenten Dr. von Kübel hat das frühere „Württembergische Gerichtsblatt" mit seinem 21. Bande (1883) zu erscheinen aufgehört. Nachdem ein gleiches Schicksal auch das von Kübel und Sarwey redigierte „Württembergische Archiv für Recht und Rechtsverwaltung" betroffen hatte, bedurfte die Württembergische Rechtspflege eines neuen Organes. Ein solches ist ihr in den „Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege" entstanden, deren uns vorliegendes erstes Heft folgenden Inhalt hat:

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts. A. in Civilsachen S. 1—51; B. in Strafsachen S. 52—79.

II. Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs S. 79—86.

III. Mitteilungen des Vorstands der Anwaltskammer S. 86 bis 93.

IV. Zur Frage über die Behandlung überschuldeter erbloser Verlassenschaften S. 93—124.

V. Alternative Obligation. Übergang des dem Gläubiger diesfalls zustehenden Wahlrechts auf den Schuldner wegen Verzugs des ersteren in Ausübung des Wahlrechts. Mitgeteilt von OLG.-Rat Stahl in Stuttgart. S. 124 bis 131.

Die neue Zeitschrift verspricht eine würdige Nachfolgerin ihrer trefflichen Vorgängerinnen zu werden.

Birkmeyer.

Weiter liegen zur Besprechung noch vor und sollen demnächst erledigt werden:

Czyhlarz, **Die Eigentumserwerbsarten des Pandektentitels** 41, 1. (Aus Glück's Pandektenkommentar.) Bd. I. Erlangen, Palm & Enke. 1887. XII. u. 628 SS. Preis: 12,80 Mark.

Geffken, **Das Recht der Intervention.** (Aus: von Holtzendorff's Handbuch des Völkerrechts. Berlin, Richter, 1887. 50 SS. Preis: 2 Mark.

Goldfeld, **Hamburger Eheliches Güterrecht.** Hamburg, J. F. Richter, 1887. Preis: 2,40 Mark.

Oesfeld, **Zur Frage der Regentschaft.** Heft 13 des II. Jahrg. N. F. der Deutschen Zeit- und Streitfragen. Hamburg, J. F. Richter, 1887. Preis: 1 Mark.

Ryck, **Lehre von den Schuldverhältnissen.** Berlin, v. Decker, 1887. IV und 336 SS. Preis: 6,50 Mark.

Friedrich Stein, **Der Urkunden- und Wechselprozeß.** Leipzig, Duncker & Humblot, 1887. X und 377 SS. Preis: 6,80 Mark.

Friedrich Böhm, **Handbuch des Rechtshilfeverfahrens.** II. Teil: Rechtshilfe in Strafsachen. Erlangen, Palm & Enke, 1888. X und 331 SS. Preis: — Mark.

Daubenspeck, **Referat, Votum und Urteil.** 3. Aufl. Berlin, Franz Vahlen, 1888. VII und 238 SS. Preis: kartonniert 3,50 Mark.

Falcke, **Gleichzeitige Staatsangehörigkeit in mehreren Bundesstaaten.** Leipzig, Roßberg, 1888. Preis: 1,60 Mark.

Hachenburg, **Das Recht der Gewährleistung beim Tierhandel.** Mannheim, Bensheimer, 1888. Preis: 6 Mark.

Klemm, **Reichsgesetz betr. die unter Ausschluß der Öffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen.** Vom 5. April 1888. Leipzig, Roßberg, 1888. 54 SS. Preis: 1,20 Mark.

L. Knatz, **Die Konkursverwaltung.** Anleitung für den Geschäftsbetrieb der Konkursverwalter. Kassel, G. Kegel, 1887. VIII und 66 SS. Preis: kartonniert 1 Mark.

C. Kralt, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Erläuterungen und den Entscheidungen des Reichsgerichts. Berlin, Siemenroth & Worms, 1888. Preis: kartonniert 2 Mark.

Hermann Meyer, Anleitung zur Prozeßpraxis nach der CPO. in Beispielen an Rechtsfällen. 2. Aufl. Berlin, Franz Vahlen, 1888. XII und 415 SS. Preis: 6 Mark, gebunden 7 Mark.

Über Proberelationen. Eine Mitteilung der Justizprüfungskommission. Berlin, Franz Vahlen, 1888. 59 SS. Preis: 1 Mark.

Schönfeld, Der Offenbarungseid und die Haft. Gnesen, Bänsch & Wunkowsky, 1888. 64 SS. Preis: 1 Mark.

Adolf Stölzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung. 2 Bände. Berlin, Franz Vahlen, 1888. 1. Band: LII und 448 SS. 2. Band: 774 SS. Preis: 22 Mark, gebunden 26 Mark.

Strützki & Tenzmer, Leitfaden zum Studium des Preußischen Rechts. 2. Auflage. Berlin, Franz Vahlen, 1888. Bis jetzt 5 Lieferungen. Subskriptionspreis des ganzen Werkes (im Umfang von 60—65 Druckbogen) 15 Mark.

Vormundschafts-Ordnung vom 5. Juli 1875. Text-Ausgabe mit erläuterndem Vorwort und vollständigem Sachregister. Berlin, Franz Vahlen, 1888. 28. Aufl. 87 SS. 16°. Preis: kart. 0,50 Mark.

Weissler, Adolf, Das preußische Notariat. Berlin, Franz Vahlen, 1888. X und 588 SS. Preis: 10 Mark, gebunden 12 Mark.

Redaktion.

Entscheidungen der Civilsenate des Oberlandesgerichts.

1. Zulässigkeit des Rechtsweges. Su. 152/86.

In der Stadt T. besteht seit einer Reihe von Jahren unter dem Namen „Freiwillige Feuerwehr" ein mit den Rechten einer juristischen Person nicht bewidmeter Verein, dessen Angelegenheiten nach innen und außen durch das am 1. März 1880 in Kraft getretene, sog. revidierte Statut, welches landesherrlich nicht bestätigt ist, geregelt sind.

Der Verein, dessen Zweck die Leistung geordneter Hilfe bei Feuersgefahr ist, besteht aus dienstthuenden, zu einer zweijährigen aktiven Dienstzeit und Monatsbeiträgen von 15 Pf. verpflichteten und sog. außerordentlichen Mitgliedern, welche lediglich einen monatlichen Beitrag von 50 Pf. zur Vereinskasse leisten, in welche letztere außerdem noch ein jährlicher Zuschuß von 150 Mark aus der Stadtkasse fließt. Neben dieser Hauptkasse besteht noch eine Vergnügungskasse, welcher die Löschprämien und die nach dem sog. Strafgesetz verwirkten, von den Mitgliedern eingezahlten Geldstrafen überwiesen sind, und endlich eine zur Zeit ein Sparkassenbuch über 175 Mark besitzende Unterstützungskasse zur Unterstützung im Dienst verunglückter Mitglieder oder deren Familien. Außerdem besitzt der Verein ein nicht unbedeutendes Mobiliar-Vermögen, bestehend in Spritze, Steigerthurm, Schlauchwagen und sonstigen Feuerwehrutensilien, sowie in Ausrüstungs- und Bekleidungs-Gegenständen für die Mannschaft.

Geleitet wird der Verein von einem Vorstande, welcher über alle ordentlichen Vereinsangelegenheiten, einschließlich der Verhängung von Ordnungsstrafen und der Anordnung des Ausschlusses von Mitgliedern, zu entscheiden hat, während in außerordentlichen Vereinsangelegenheiten der Hauptversammlung, zu deren Einberufung der Vorstand auf Antrag von 1/4 der aktiven Mitglieder verpflichtet ist, die endgültige Entscheidung zusteht.

Der Vorstand setzt sich aus den in Maßgabe des § 5 des Statuts erwählten drei obersten Führern, dem Hauptmann, Unterhauptmann und Obersteiger, in Verbindung mit vier aus den aktiven Mitgliedern Gewählten zusammen. Derselbe wählt einen Vorsitzenden und Schriftführer aus seinen Mitgliedern und außerdem einen Rechnungsführer und Zeugmeister aus seiner Mitte oder aus der Zahl der anderen Vereinsmitglieder.

In einer zur Wahl eines neuen Hauptmanns bestimmten Generalversammlung kam es zu Verfassungsstreitigkeiten, infolge deren zwei Parteien sich bildeten, von denen die eine gegen die andere klagend auftrat, um die Differenzen im Wege Rechtens auszutragen. Die Gegenpartei schützte unter Verweigerung der Einlassung zur Hauptsache die Einrede der Unzuständigkeit des Rechtsweges vor, welche indessen durch Urteil vom 13. September 1886 verworfen wurde. Das Oberlandesgericht wies die dagegen gerichtete Berufung durch Urteil vom 13. Januar 1887 zurück.

Gründe.

Da die Berufungskläger neue Thatsachen und Beweismittel zur Begründung ihrer Berufung nicht vorgebracht, sondern sich auf den Vortrag von Rechtsausführungen beschränkt haben, kommt nur in Frage, ob das Vorgericht die prozeßhindernde Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges, beziehungsweise der Unzuständigkeit des Gerichts auf Grund der erstinstanzlichen, in gegenwärtiger Instanz lediglich wiederholten Parteibehauptungen mit Recht zurückgewiesen hat oder nicht.

Für die Entscheidung dieser Frage ist die juristische Konstruktion des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses, aus welchem die von den Klägern gegen die Beklagten geltend gemachten Ansprüche entstanden sein sollen, von wesentlicher Bedeutung. In dieser Beziehung ist nun in dem angefochtenen Urteil auf Grund zutreffender Erwägungen mit Recht angenommen worden, daß die freiwillige Feuerwehr zu T., als deren Mitglieder die Kläger durch die im Thatbestande kurz hervorgehobenen Handlungen der demselben Verein als Mitglieder angehörenden Beklagten in ihren Rechten verletzt zu sein behaupten, in Ermangelung regimineller Bestätigung ihrer Statute und staatlicher Verleihung der Rechte einer juristischen Person lediglich als eine nach den durch die deutsch-rechtlichen Ausgestaltungen des Vereins- und Genossenschaftswesens modifizierten

Grundsätzen des Gesellschaftsvertrages des römischen Rechts zu beurteilende Personen-Vereinigung, nicht aber als eine ein besonderes durch Abstraktion geschaffenes Rechtssubjekt darstellende juristische Person anzusehen ist. — Dieser Konstruktion des in Rede stehenden Vereins als Sozietät steht weder der Umstand entgegen, daß derselbe wesentlich nur den Zwecken der öffentlichen Wohlfahrt und nicht dem privaten Nutzen seiner einzelnen Mitglieder dient,

vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. II. § 405 Note 7, Sintenis, Civilrecht, Bd. II. § 121 Note 1,

noch auch die unbestreitbare Thatsache, daß in das dem Verein zu Grunde liegende, die Normen des Gesellschaftsvertrages enthaltende Statut eine Reihe von Bestimmungen Aufnahme gefunden haben, welche die den römischen Sozietätsvertrag beherrschenden Grundsätze in ganz erheblicher Weise modifizieren und der Sozietät eine gewisse korporative Gestaltung geben.

Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht, Bd. I. § 61 und Randa in Siebenhaar's Archiv für Deutsches Wechselrecht und Handelsrecht Bd. XV. S. 344 ff.

Die aus einer solchen Sozietät für die Mitglieder untereinander entstehenden Rechtsverhältnisse gehören demgemäß auch dem Gebiete des Civilrechts an, und wird hieran dadurch nichts geändert, daß der betreffende Verein wegen seines der öffentlichen Wohlfahrt gewidmeten Zweckes sich mit den Institutionen des öffentlichen Lebens berührt und insofern eine diesem letzteren angehörige Seite hat.

Demgemäß erscheint die Frage, ob, beziehungsweise welche erzwingbare Rechte den Mitgliedern der freiwilligen Feuerwehr zu T. gegen einander auf Grund des zwischen ihnen bestehenden Gesellschaftsvertrages zustehen, als eine dem bürgerlichen Recht angehörende. Nur um diese Frage aber handelt es sich in dem gegenwärtigen Stadium des Prozesses, in welchem nur festzustellen ist, daß diese Frage zur Entscheidung der ordentlichen Gerichte steht, und daß für dieselbe die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten nicht begründet ist, oder reichsgesetzlich besondere Gerichte nicht bestellt oder zugelassen

sind, während das Wie der Entscheidung, also namentlich die Prüfung der Begründetheit der einzelnen Klageanträge, einschließlich der Erörterung der Aktiv- und Passiv-Legitimation der Kläger, beziehungsweise der Beklagten völlig offen und dem Endurteil vorbehalten bleibt, so daß selbst eine Zurückweisung der ganzen Klage als unbegründet an und für sich durch die Zulassung des Rechtsweges nicht ausgeschlossen sein würde. Aus diesem Grunde konnten auch die in gegenwärtiger Instanz von dem Vertreter der Berufskläger gegebenen Rechtsausführungen, welche wesentlich darauf hinauslaufen, daß die von den Klägern gestellten Anträge in Ermangelung eines zur Begründung derselben erforderlichen privat- und vermögensrechtlichen Interesses der einzelnen Kläger gegenüber den einzelnen Beklagten civilrechtlich nicht haltbar seien, als beachtlich nicht anerkannt werden. Übrigens hat der Vertreter der Beklagten auch in gegenwärtiger Instanz nicht anzugeben vermocht, welcher Verwaltungsbehörde die Entscheidung über die zwischen den Parteien obschwebenden Differenzen zustehen würde, und mag in dieser Richtung nur noch wiederholt kurz darauf hingewiesen werden, daß weder in dem Reichsrecht, noch in dem durch den § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes in seiner Geltung nicht beeinträchtigten Landesrecht

vgl. Motive zu § 2 und 3 des Entwurfs eines Gerichtsverfassungsgesetzes S. 32 ff.,

Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. XII. S. 281

Bestimmungen vorhanden sind, durch welche Streitigkeiten der vorliegenden Art als dem Gebiete der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten entrückt, beziehungsweise als der Entscheidung von Verwaltungsbehörden zugewiesen

vgl. Trotsche, Meckl. Civilprozeß Bd. I. § 11 ff., namentlich auch § 13,

angesehen werden können.

Hat somit das Vorgericht die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges mit Recht verworfen, so muß das Gleiche auch von der Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts gelten, welcher der Vertreter der Beklagten auch in gegenwärtiger Instanz eine

selbständige Bedeutung, wie dies auch in dem Berufungs-Antrage durch das Wort „folgeweise" zum Ausdruck gebracht ist, nicht beigelegt hat.

---

2. Schiedsvertrag. Zu. 16/86.

Das Statut der Aktienzuckerfabrik M. bestimmt in § 3:

„Das Grundkapital kann auf Beschluß der Generalversammlung der Aktionäre vermehrt werden durch Ausgabe neuer Aktien unter von der Generalversammlung festzustellenden Bedingungen, welche zunächst den ursprünglichen Aktionären anzubieten sind."

In der Generalversammlung vom 9. November 1883 wurde die Vermehrung des Kapitals um eine bestimmte Summe unter Bedingungen, deren erste lautet:

„Es werden zunächst 600 auf Inhaber lautende Aktien über je 334 Mark ausgegeben, die den Inhaber nicht zum Rübenbau verpflichten und ihm keine Stimmberechtigung in der Generalversammlung verleihen. Dieselben sollen nur an Mitglieder der bisherigen Aktien-Gesellschaft abgegeben werden."

beschlossen.

Der Aktionär M. zeichnete auf 57 Stück dieser neuen Aktien, weigerte aber deren Abnahme, als durch Beschluß der Generalversammlung vom 16. Mai 1885 in Veranlassung der Bestimmungen des neuen Aktiengesetzes vom 18. Juli 1884 obige Bedingung dahin abgeändert wurde:

„Es werden zunächst 600 auf Namen lautende Aktien über je 334 Mark ausgegeben, die den Inhaber nicht zum Rübenbau verpflichten und ihm keine Stimmberechtigung in der Generalversammlung verleihen und auch nur mit Genehmigung der Generalversammlung an Andere übertragen werden dürfen. Dieselben sollen nur an Mitglieder der bisherigen Aktiengesellschaft abgegeben werden."

Da ein gütlicher Ausgleich dieser Differenz nicht zu erreichen war, forderte M. schiedsrichterliche Entscheidung unter Bezugnahme auf § 28 des Statuts, wonach

„alle Streitigkeiten, welche zwischen den Aktionären und dem Vorstande über deren Rechte und Pflichten aus diesem Vertrage und den Beschlüssen der Gesellschaft, sowie über deren Sinn und Folgen entstehen, sofern eine Einigung in der zu diesem Zweck anzuberaumenden Generalversammlung nicht herbeigeführt wird, durch ein Schiedsgericht entschieden werden."

In der Generalversammlung vom 23. August 1886 wurde dieser Antrag abgelehnt und beschlossen,

„daß ein Schiedsgericht für diesen Streitfall, da derselbe unter die Bestimmung des Art. 190 a und des Art. 222 des Aktiengesetzes gehöre, nicht zu bestellen sei."

M. klagte nun gegen die Gesellschaft und beantragte, indem er seinerseits einen Schiedrichter benannte,

„für die in der Klage näher dargelegte Streitigkeit von Gerichts wegen für den Beklagten einen Schiedsrichter zu ernennen."

Das erstinstanzliche Gericht erkannte:

„Zur schiedsrichterlichen Entscheidung der zwischen den Parteien darüber bestehenden Streitigkeit, ob der Kläger verpflichtet ist, die ihm vom Vorstande der Beklagten übersandten 15 Stück neue auf Namen lautende Geldaktien über je 334 Mark anzunehmen, resp. ob der Vorstand der Beklagten berechtigt ist, für den Betrag dieser Aktien das Conto des Klägers mit 5010 Mark zu belasten, wird gerichtsseitig für die Beklagte der Gutsbesitzer B. zu K. als Schiedsrichter ernannt, und ist die Beklagte schuldig, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen."

Die dagegen von der Beklagten eingelegte Berufung wurde durch Urteil vom 7. Februar 1887 zurückgewiesen.

Gründe.

Die Zulässigkeit des gestellten Klagantrags unterliegt bei dem streitlosen Vorliegen der Voraussetzungen des ersten Absatzes des § 855 der CPO. in Maßgabe des zweiten Absatzes desselben Paragraphen an sich ebensowenig einem begründeten Bedenken als die Rechtsverbindlichkeit des in dem § 28 des Statuts der beklagten Aktiengesellschaft enthaltenen Schiedsvertrages, da die bereits für das gemeine Recht nach richtiger Auffassung desselben

vgl. Windscheid, Pandekten Bd. II. § 416 z. E. bei Noten 14—17, und

Buchka und Budde, Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Bd. II. Nr. 30 S. 183 ff.

anzuerkennende bindende Kraft der in Gesellschafts- und Versicherungs-Verträgen, sowie in Schlußscheinen häufig vorkommenden allgemeinen vertragsmäßigen Zusicherung, künftige, ihrer Gattung nach bestimmt bezeichnete Differenzen der Entscheidung eines sodann zu bestellenden Schiedsgerichts, unter näherer Fest-

stellung der Art und Weise dieser Bestellung, unterwerfen zu wollen, auch nach der, materielles Recht enthaltenden Vorschrift des § 852 der CPO. bei zutreffender Auslegung per argumentum a contrario nicht bezweifelt werden kann.

Vgl. Motive zum Entwurf einer Civilprozeßordnung zu § 793 S. 472,

Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung § 852 Note.

Auch der Umstand, daß Kläger es in der Generalversammlung vom 23. August 1886, in welcher die Bestellung eines Schiedsgerichts für den fraglichen Streitfall durch Majoritätsbeschluß abgelehnt wurde, unterlassen hat, seinerseits einen Schiedsrichter zu ernennen, kann in Ermangelung einer einschlagenden ausdrücklichen Bestimmung des § 28 des Statuts den Verlust des Rechts auf einen Schiedsspruch, falls es an sich gegeben war, nicht zur Folge haben und ebensowenig präjudiziert dem Kläger die von der Beklagten für sich geltend gemachte klägerische Äußerung in dem Briefe vom 31. Mai 1886, da dieselbe eine dispositive Erklärung nicht enthält.

Demnach hängt die Entscheidung in der Sache davon ab, ob die zwischen dem Vorstand der beklagten Gesellschaft und dem Kläger in betreff der Abnahme der von dem letzteren gezeichneten neuen Aktien entstandene Differenz zu denjenigen Rechtsstreitigkeiten gehört, welche durch den § 28 des Statuts gesellschaftsvertragsmäßig der Entscheidung durch ein Schiedsgericht unterstellt sind, und ob, falls diese Frage zu bejahen ist, dem erhobenen Anspruch der Umstand entgegensteht, daß durch den vom Kläger im Wege der Artikel 222 und 190 a des Aktiengesetzes vom 18. Juli 1884 nicht angefochtenen Majoritätsbeschluß der Generalversammlung vom 23. August 1886 die Bestellung eines Schiedsgerichts für den in Rede stehenden Streitfall abgelehnt ist.

Die erstere Frage anlangend erscheint zunächst die vom Vorstand und Aufsichtsrat der beklagten Aktiengesellschaft aufgestellte und von der Generalversammlung vom 23. August 1886 gebilligte Ansicht, daß die von dem Kläger behauptete Nicht-

verpflichtung zur Abnahme von 15 Stück neuer Aktien zu 334 Mark, beziehungsweise dessen Forderung auf Rückgängigmachung der bereits erfolgten Belastung seines Kontos mit 5010 Mark, dem Wertbetrage dieser Aktien, unter die Bestimmungen der Artikel 190 a und 222 des Aktiengesetzes vom 18. Juli 1884 falle, als nicht zutreffend. Denn der Kläger beabsichtigt nicht, den Beschluß der Generalversammlung vom 16. Mai 1885 auf Grund der angeführten Gesetzesartikel anzufechten und das ihm kraft derselben zustehende Individualrecht, über welches allerdings wegen der für die Ausgestaltung desselben maßgebend gewesenen Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses, wie solches schon aus den besonderen Vorschriften des Art. 190 a Abs. 2 und 5, namentlich aus der Wirkung des rechtskräftigen Urteils für und gegen Dritte ohne weiteres ersichtlich ist, durch Schiedsspruch eine rechtsverbindliche Entscheidung nicht erfolgen kann, geltend zu machen, sondern derselbe behauptet, daß jener Generalversammlungs-Beschluß, auch wenn er an sich unanfechtbar und rechtsbeständig sei, doch nur diejenigen Aktionäre verpflichten könne, welche demselben zugestimmt hätten, während die Rechte und Pflichten der übrigen Aktionäre aus ihrer in Grundlage der Beschlüsse der Generalversammlung vom 9. November 1883 erfolgten Zeichnung neuer Aktien durch jenen Beschluß nicht berührt werden könnten, und es demgemäß den letztgedachten Aktionären freistehen müsse, die Abnahme der gezeichneten neuen Geldaktien abzulehnen, weil die Bedingungen der Zeichnung durch den Beschluß der Generalversammlung vom 16. Mai 1885 ohne ihre Zustimmung in wesentlichen Punkten abgeändert seien. Somit handelt es sich also nicht um Anfechtung des mehrgenannten Beschlusses als solchen, sondern nur um die Folgen und die Tragweite desselben für die Rechte und Pflichten des einzelnen Aktionärs aus dem auf Grund der durch die Generalversammlung vom 9. November 1883 festgestellten Zeichnungsbedingungen durch die Zeichnung neuer Aktien abgeschlossenen Vertrage.

Rücksichtlich dieser Vertragsrechte steht aber der Aktionär der Gesellschaft nicht unabhängig von seiner Mitgliedschaft wie

irgend ein anderer dritter Kontrahent gegenüber, in welchem Falle die betreffenden Rechte und Pflichten als mit dem Gesellschaftsvertrage in keinem organischen Zusammenhang stehend nicht unter die Bestimmungen des § 28 des Statuts fallen würden, vielmehr konnte der durch die Zeichnung der neuen Aktien, deren Ausgabe bereits im § 3 des Statuts vorgesehen und rücksichtlich der Modalitäten den Beschlüssen der Generalversammlung ausdrücklich unterstellt war, von dem Kläger abgeschlossene Vertrag laut Beschluß der Generalversammlung vom 9. November 1883 nur in seiner Eigenschaft als Aktionär eingegangen werden, und war also gerade die Mitgliedschaft des Zeichners eine unentbehrliche Voraussetzung des fraglichen Vertragsabschlusses. Mögen nun auch die aus diesem letzteren erworbenen Rechte des Aktionärs als Eigenberechtigungen desselben anzusehen sein, welche zur Kategorie der durch Majoritätsbeschlüsse nicht entziehbaren sog. Sonderrechte des Aktionärs

vgl. von Völderndorff, Kommentar zum Aktiengesetz, bei Bezold, Die Gesetzgebung des Deutschen Reichs Teil I. Bd. IV. S. 557 ff. zu Artikel 222 unter I., Makower, Das Reichsgesetz vom 18. Juli 1884 S. 72 Note 86 zu Artikel 222

zu rechnen sind, so kann doch aus dieser ihrer Qualität nicht mit der Beklagten gefolgert werden, daß dieselben einer schiedsrichterlichen Entscheidung nicht unterworfen werden könnten, beziehungsweise nach der Fassung des § 28 des Statuts nicht unterworfen seien.

Denn aus der Natur des Sonderrechts im Gegensatze zu dem durch das Gesetz vom 18. Juli 1884 statuierten Individualrecht der Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse der Generalversammlung,

vgl. von Völderndorff a. a. O. S. 558,

namentlich auch aus der Unentziehbarkeit des Einzel- oder Sonderrechts durch Majoritätsbeschlüsse der Generalversammlungen

vgl. Thöl, Handelsrecht 6. Aufl. Bd. I. § 161 Nr. I.

folgt nichts, was die Befugnis des Aktionärs, über seine sonderrechtlichen Ansprüche einen bindenden Vergleich mit der

Gesellschaft einzugehen, auszuschließen vermöchte. Können sich also die streitenden Parteien über derartige Sonderrechte rechtsgültig vergleichen, so können letztere an sich auch in Maßgabe des § 851 der CPO. Gegenstand des Schiedsvertrages sein.

Eine richtige Interpretation des § 28 des Statuts führt aber weiter zu der Annahme, daß die in Streit befangenen vorbezeichneten Vertragsrechte des Klägers auch thatsächlich zur dort bezielten Gattung von Rechtsstreitigkeiten gehören. Denn nach der allgemeinen Fassung des § 28 des Statuts muß angenommen werden, daß der Wille der Gesellschafter bei Abschluß des in dem Statut verkörperten Gesellschaftsvertrages dahin gegangen ist, alle Streitigkeiten über die inneren aus dem Vertrage und dessen späteren Modifikationen entspringenden Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander, sowie über die auf der Mitgliedschaft beruhenden oder diese zur unentbehrlichen Voraussetzung habenden Rechte der einzelnen Aktionäre gegen die Aktiengesellschaft, soweit solches rechtlich überhaupt zulässig, der gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung zu entziehen und der einfacheren und weniger kostspieligen Schlichtung durch ein Schiedsgericht zu unterstellen. Dazu kommt, daß auf den vorliegenden Fall, wie das auch vom Vorgericht zutreffend hervorgehoben ist, der Wortlaut des § 28 des Statuts insofern direkt zutrifft, als sich der in Frage stehende Streit der Parteien recht eigentlich um den „Sinn" und die Bedeutung der beiden Generalversammlungsbeschlüsse vom 9. November 1883 und vom 16. Mai 1885 im Verhältnis zu einander und besonders um die „Folgen", d. h. die Tragweite des letzteren Beschlusses, in bezug auf die für den Kläger als Aktionär durch die in Maßgabe des ersteren Beschlusses erfolgte Zeichnung von Nachaktien entstandenen Rechte und Pflichten gegenüber der Aktiengesellschaft dreht. Ebenso wie rücksichtlich der Auslegung des § 28 des Statuts war dem angefochtenen Urteil auch darin beizutreten, daß der Generalversammlungsbeschluß vom 23. August 1886, ungeachtet des Ausschlusses der zwar durch Protest zum Protokoll vom genannten Tage durch den Kläger vorbereiteten, von demselben aber nicht durchgeführten Anfechtung desselben, der er-

hobenen Klage nicht entgegensteht, weil die Generalversammlung nach § 28 des Statuts nur zur Schlichtung des Streites, nicht aber zu einem dem Majoritätsprinzip nicht unterworfenen Ausspruch über die Zulässigkeit der Bestellung eines Schiedsgerichts für den vorliegenden Streitfall berufen war. Dieser vom Kläger nicht beantragte, an sich dem Statut nicht entsprechende Beschluß mag von den Gesellschaftsorganen als eine ihnen erteilte Instruktion als bindend angesehen sein und den Vorstand zur Ablehnung der Ernennung eines Schiedsrichters, also zur Verweigerung der eingeklagten Leistung veranlaßt haben. Dem Kläger kann solcher Beschluß, der ihn gegen seinen ausgesprochenen Willen zur Beschreitung des Rechtsweges genötigt hat, sein gesellschaftsvertragsmäßiges Recht auf schiedsrichterliche Entscheidung nicht nehmen.

Wenn endlich die Beklagte in gegenwärtiger Instanz unter Bezugnahme auf § 867 der CPO. noch geltend gemacht hat, daß sie im Falle der Zulassung schiedsrichterlicher Entscheidung mehrfachen Rechtsstreitigkeiten über dieselben Streitpunkte, nämlich einmal vor dem Schiedsgerichte, demnächst aber vor den ordentlichen Gerichten ausgesetzt werde, so kann diesem Einwand in beihalt des Absatz 4 des § 28 des Statuts und des § 866 der CPO. keine Bedeutung beigelegt werden und mag nur noch darauf hingewiesen werden, daß jeder auf Schiedsvertrag beruhende Schiedsspruch gegebenen Falles in Maßgabe der Vorschriften des § 867 der CPO. angefochten werden kann, daß also aus dieser Möglichkeit ein Argument von selbständigem Werte gegen die Rechtsverbindlichkeit und Geltendmachung des im § 28 des Statuts enthaltenen Schiedsvertrages um so weniger entnommen werden kann, als gerade durch den gegenwärtigen Rechtsstreit einer, übrigens von dem Kläger nach dem von demselben eingenommenen Rechtsstandpunkte überhaupt nicht zu befürchtenden Anfechtungsklage aus § 867 Nr. 1 der CPO. der Boden entzogen wird.

---

3. Erbenzeugnis. Beschwerde 67/86.

Die Ehefrau C. in R. war neben ihrem Vater und ihrer Schwester, der Ehefrau W., zur Erbschaft ihrer verstorbenen Mutter berufen, hatte dieselbe aber, wiewohl ohne Zustimmung ihres Mannes, ausgeschlagen. Die beiden Miterben erbaten das Erbenzeugnis, mit dessen Erteilung die C. unter Wiederholung ihrer Verzichtleistung sich einverstanden erklärte. Nachdem das Gesuch in den beiden Vorinstanzen abgeschlagen war, entschied das Oberlandesgericht auf weitere Beschwerde durch Beschluß vom 3. Januar 1887, daß die desiderierte Zustimmung des Ehemannes der verehelichten C. zu dem von derselben am 1. September 1886 erklärten Verzichte nicht entgegenstehe, und demgemäß das Waisengericht angewiesen werde, anderweitige der Sachlage und der gegenwärtigen Entscheidung entsprechende Verfügung zu erlassen.

Gründe.

Darüber, ob die eheliche (ehemännliche) Vogtschaft (Vormundschaft) über volljährige Ehefrauen durch die Ratsverordnung vom 18. Februar 1863 wegen Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft aufgehoben ist, besteht eine Verschiedenheit der Ansichten, indem seitens der jetzigen Beschwerdeführer die durch die gedachte Verordnung geschehene Aufhebung, seitens des Magistrats dagegen der unveränderte Fortbestand der ehemännlichen Vogtschaft und Vormundschaft über volljährige Ehefrauen behauptet, resp. angenommen wird. Wäre die erstere Ansicht, welche von dem Oberlandesgerichte in dem Band 5 der Mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft S. 294 ff. abgedruckten Urteil vom 21. November 1883 vertreten ist, für die richtige zu halten, so würde die volljährige Ehefrau im übrigen vollständig handlungs- und dispositionsfähig sein, nur daß sie durch ihre Handlungen und Dispositionen das dem Ehemanne nach Teil I. Titel V. Artikel II. des Rostocker Stadtrechts an allen ihren Gütern zustehende Administrations- und Nießbrauchrecht nicht beeinträchtigen könnte und würde, den gegenwärtigen Fall betreffend, die verehelichte C. unbedenklich rechtlich befugt sein, die ihr deferierte mütterliche Erbschaft ohne Zuziehung und Zustimmung ihres Ehemannes, so wie sie gethan hat, mit voller Wirksamkeit auszuschlagen, da nach dem Rostocker Stadtrecht eine Erbschaft regelmäßig und so auch in dem ge-

gebenen Falle nicht ipso jure erworben wird, sondern dazu der Antritt erforderlich ist, und die Ehefrau durch das nach Stadtrecht bestehende eheliche Güterrecht ihrem Ehemanne gegenüber nicht verpflichtet ist, neuen Erwerb zu machen, sie aber durch den Nichterwerb neuen Vermögens, bezw. durch die Ausschlagung eines ihr bloß deferierten Erbrechts die für den Ehemann begründeten Administrations- und Nießbrauchsbefugnisse an dem von ihr erworbenen und in seine Gewere gekommenen Frauengute nicht verletzt. Im andern Falle, also wenn man von dem Fortbestand der ehemännlichen Vormundschaft ausgeht, könnte es dagegen möglicherweise nicht ganz unbedenklich erscheinen, einen einseitigen von dem Ehemanne nicht genehmigten positiven und definitiven Verzicht der Ehefrau auf eine ihr deferierte Erbschaft allgemein und abgesehen von etwaigen besonderen, den Verzicht rechtfertigenden, namentlich aus der Vermögenslage des Ehemannes oder aus sonstigen Verhältnissen zu entnehmenden Gründen für gültig zu erklären, als der Ehemann der natürliche und gesetzliche Beistand der Ehefrau und letztere deshalb in ihrer Handlungsfreiheit einer gewissen Beschränkung und Abhängigkeit von dem Ehemanne unterliegt.

Im vorliegenden Falle braucht jedoch die Frage, ob die ehemännliche Vormundschaft von Bestand geblieben ist, sowie, ob eventualiter die verehelichte C. zu einem einseitigen Verzicht auf die ihr deferierte mütterliche Erbschaft berechtigt gewesen ist, nicht entschieden zu werden, weil, selbst wenn die erstere Frage zu bejahen, letztere aber zu verneinen sein sollte, die gegenwärtige Beschwerde für begründet zu achten ist.

Es handelt sich nämlich um die Ausstellung des Erbenzeugnisses, welches der Ehemann der Erblasserin und deren Tochter, die verehelichte W., unter Beibringung der Entsagungsakte der verehelichten C. vom 1. September 1886 beim Waisengerichte beantragt haben, welches aber von dem Waisengerichte durch das Respons vom 4. September 1886 bis zur Dozierung der Zustimmung des Ehemannes C. zu dem Erbverzichte der verehelichten C. indirekt abgeschlagen worden ist. Haben nun zwar die beiden erstgenannten Personen in der vorigen Be-

schwerdeinstanz auch beantragt, die von der letzteren erklärte Ausschlagung der Erbschaft als rechtsbeständig und vollwirksam zu erklären, und hat die verehelichte C. aus dem erwähnten Response des Waisengerichts Veranlassung genommen, als Beschwerdeführerin mitaufzutreten und die Rechtsbeständigkeit und Vollwirksamkeit ihrer Erbschaftsausschlagung zu verteidigen, so ist doch die hier zu entscheidende Frage lediglich die, ob das beantragte Erbenzeugnis zu erteilen oder zur Zeit wegen der fehlenden Zustimmung des C. zu dem Verzichte seiner Ehefrau auf ihr Intestaterbrecht an dem Nachlasse ihrer Mutter zu versagen ist, und hat dagegen die Frage von der Rechtswirksamkeit des Verzichtes der verehelichten C. keine selbständige Bedeutung, wie auch der Beitritt der letzteren in der Beschwerdeinstanz aus dem Gesichtspunkte einer accessorischen Intervention für den Zweck der Erteilung des Erbenzeugnisses an ihre beiden Miterben, zu deren Gunsten sie den Verzicht abgegeben hat, aufzufassen ist.

Der von der verehelichten C. erklärte Erbverzicht enthält nun jedenfalls zugleich die Erklärung, die mütterliche Erbschaft nicht antreten zu wollen, und letztere Erklärung erscheint jedenfalls insoweit beachtlich, daß sie aus der Zahl derjenigen Personen ausscheidet, die einen Anspruch auf Erteilung des Erbenzeugnisses haben, und letzteres allein den übrigbleibenden Personen — hier ihrem Vater und ihrer Schwester — auszustellen ist. Diejenigen zu einer bestimmten Erbschaft berufenen Miterben, welche angetreten haben, sind nach dem § 3 sub 3 der Landesverordnung vom 30. Mai 1857, betreffend die Legitimation in Erbfällen, berechtigt, von den übrigen zur Erbschaft berufenen Miterben, deren Erklärung über die Antretung noch mangelt, eine solche Erklärung unter dem Nachteile der Erteilung des Erbenzeugnisses an sie zu verlangen, eine solche Erklärung, und zwar dahin, nicht antreten zu wollen, ist aber, wie bereits bemerkt wurde, in dem weitergehenden Erbverzichte zu befinden, und steht somit der Erteilung des Erbenzeugnisses an die beiden Miterben rechtlich nichts im Wege.

Ob eine in ehelicher Gütergemeinschaft lebende und unter

der Vormundschaft ihres Ehemannes stehende Ehefrau eine ihr deferierte Erbschaft ohne oder selbst gegen den Willen ihres Ehemannes antreten kann, und ob solche gegen den Willen des Ehemannes angetretene Erbschaft etwa ein Sondergut der Ehefrau werde, kann dahingestellt bleiben, da dieser Fall nicht zur Entscheidung steht. Durch den Nichtantritt einer deferierten Erbschaft übernimmt die Ehefrau keine Verbindlichkeit, eine Verpflichtung der Ehefrau, ihr Vermögen zu vermehren und folgeweise auch das Administrations- und Nießbrauchsrecht des Ehemannes zu erweitern, existiert nicht, und ebensowenig läßt sich ein Zwangsrecht des Ehemannes, vermöge dessen dieser seine Ehefrau zum Erbschaftsantritte nötigen könnte, oder — in Ermangelung bezüglicher ausdrücklicher Bestimmungen — eine Befugnis des Ehemannes, daß nach dem geltenden gemeinen Rechte höchst persönliche Antrittsrecht statt der Ehefrau und selbst gegen ihren Willen auszuüben, begründen.

Mit diesem Grundsatze, daß die Erklärung der Ehefrau, eine ihr deferierte Erbschaft nicht antreten zu wollen, maßgebend und entscheidend sei, stimmt auch die Theorie und Rechtsprechung überwiegend überein. So wird bei

Runde, Deutsches eheliches Güterrecht § 40 S. 96 u. 97,

ausgeführt, daß es kein Mittel gebe, die Ehefrau zur Antretung einer ihr deferierten Erbschaft wider ihren Willen zu nötigen.

Gerber, System des deutschen Privatrechts, 11. Aufl., § 231 Note 7,

lehrt, daß die ehemännlichen Vermögensrechte dem Ehemanne kein Vertretungsrecht der Frau geben, und daß daher auf deren Willen allein das Recht, eine Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen beruhe, und

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Band 4 § 228 S. 144,

nimmt sub a für alle Güterrechtssysteme an, der Mann dürfe die der Frau deferierte Erbschaft nicht gegen ihren Willen antreten und die Frau, wenn sie die Erbschaft ausschlagen wolle, nicht zum Antritt nötigen. Die Rechtsprechung anlangend, so erkannte

f. Emminghaus, Pandekten des gemeinen Sächsischen Rechts S. 293 Nr. 67,

die Fakultät Leipzig im Jahre 1681: „Uxor, quamvis maritus dissentiat, delatam sibi hereditatem v. c. filii ex priori matrimonio nati, in favorem fortase ceterorum ejusdem matrimonii liberorum repudiare potest, propterea, quod ejusmodi liberorum potior, quam mariti, ratio ineunda videtur"; das vormalige Oberappellationsgericht zu Lübeck verneinte in einem nach bremischem Rechte — wo zwischen Ehegatten allgemeine Gütergemeinschaft im weitesten Umfange und ehemännliche Vormundschaft gilt oder wenigstens damals galt, zum Erbschaftserwerbe aber Antritt erforderlich ist — beurteilten Falle im Jahre 1841

vide das Erkenntnis in Seuffert's Archiv Bd. 9 Nr. 301

das Zwangsrecht des Mannes, die Frau zum Erbschaftsantritt zu nötigen, oder die Befugnis des Richters, die Erbschaftsantretung der Frau zu supplieren oder in contumaciam für geschehen zu erklären; die Fakultät zu Jena erkannte durch Urteilsspruch vom Jahre 1846

vide denselben bei Emminghaus loco cit. S. 293 Nr. 68

in einem nach gemeinem Sachsenrechte, nach welchem dem Manne die Verwaltung und Nutznießung des eheweiblichen Vermögens zusteht und ehemännliche Vormundschaft besteht, beurteilten Falle, daß Annahme oder Ausschlagung einer der Frau deferierten Erbschaft durch diese ganz willkürlich geschehen könne, indem sie insbesondere bemerkte: wenn man die Möglichkeit zulassen wollte, daß der Ehemann vermöge seiner Vormundschaft von der Ehefrau verlangen könne, sie solle überhaupt oder auch nur unter bestimmten Umständen antreten, man in die Alternative versetzt würde, entweder ein nicht vorhandenes, und soweit es auf einen bestimmten Willen gerichtet sein müßte, undenkbares Zwangsmittel hierzu zu statuieren, oder dem Manne zu gestatten, daß Er eine ihm nicht deferierte Erbschaft ohne, ja wider den Willen der Delatin antrete; das vormalige Oberappellationsgericht zu Dresden erklärte durch Urteil vom Jahre 1847

vide dasselbe bei Emminghaus loco cit. S. 288 und 289 Nr. 51 und in Seuffert's Archiv Bd. 2 Nr. 191 in einem nach Sächsischem Rechte — ehemännlichem Nießbrauchsrechte und cura maritalis — beurteilten Falle, in welchem die Ehefrau den letzten Willen ihrer verstorbenen Mutter unbedingt anerkannt hatte, die gegen ihren Ehemann erhobene Klage derselben auf Supplierung des Konsenses ihres Ehemannes zu der von ihr erklärten Anerkennung für begründet, indem es insbesondere ausführte, es müsse einer verehelichten Frauensperson über dasjenige, was in ihren Angelegenheiten zu thun sei, da sie die persona principalis, eine Meinung verstattet werden, und wenn die Ansichten der Ehegatten darüber verschieden und nicht zu vereinigen seien, das unparteiische Ermessen des Gerichts Platz greifen, das Recht des ehemännlichen Nießbrauchs gelte nur von dem Vermögen, was die Frau habe, und von dem Augenblicke an, wo sie es habe, die Frau solle zwar von ihrem erworbenen Vermögen ohne Zustimmung des Mannes nichts vergeben (in alium transferre) oder veräußern, allein, daß sie von dem Manne direkt oder indirekt genötigt werden könne, auch neues Vermögen zu erwerben, wenn dies ihrer Überzeugung oder ihrem Vorteile widerspreche, sei in den Rechten nirgends vorgeschrieben; endlich erkannte das vormalige Oberappellationsgericht zu Kiel durch Urteil vom Jahre 1866

in Seuffert's Archiv Bd. 21 Nr. 130

in einem Falle, wo die unter ehemännlicher Vormundschaft stehende Ehefrau das väterliche Testament anerkannt hatte, der Ehemann aber seinerseits die Anerkennung versagte und namens seiner Ehefrau die sofortige Auszahlung des dieser gesetzlich gebührenden Pflichtteils forderte, es könne dem Ehemanne nicht die Befugnis zugestanden werden, gegen den Willen seiner Ehefrau eine dieselbe bindende Erklärung abzugeben, daß er den nach dem väterlichen Testamente ihr — in einem späteren Zeitpunkte — zufallenden Erbteil ausschlagen und sich mit dem gesetzlichen Pflichtteil begnügen wolle, indem es hervorhob, daß es sich hier um eine Erklärung handle, die, soweit nicht besondere Gründe einer Vertretung, die jedoch nicht schon in dem

Verhältnisse des Ehemannes zu seiner Ehefrau als solchem enthalten seien, vorlägen, lediglich von dem Willen des zunächst und unmittelbar Beteiligten abhange.

Die entgegengesetzten von der Vorinstanz in bezug genommenen, in der Schrift von

Plitt, Das Lübeckische Erbrecht nach dem Gesetze vom 10. Februar 1862 S. 25 und 26 nota 35

allegierten Attestate der Lübecker Staatskanzlei und der Lübecker Gerichte, auch die Äußerung des dort weiter allegierten, einen Hamburger Fall betreffenden Erkenntnisses des vormaligen Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom 25. März 1852 erklären sich genügend daraus, daß nach Lübecker wie nach Hamburger Recht zum Erwerbe einer Erbschaft keine Antretung erforderlich ist, sondern jede Erbschaft ipso jure erworben wird,

cfr. für das Lübecker Recht art. 20 des Gesetzes vom 10. Februar 1862 und Plitt in der angeführten Schrift S. 95 und 96 nota 139 und für das Hamburger Recht Baumeister, Das Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg Bd. 2 § 125,

so daß nach diesen Rechten Delation und Erwerb zusammenfällt und folgeweise die durch den Erbfall begründeten Rechte sofort mit dem Tode des Erblassers zu demjenigen Frauengute gehören, woran dem Ehemann die Administrations- und Nutzungsbefugnis zusteht. Dagegen hat sich, wie schon oben erwähnt wurde, für das Rostocker Recht der germanische Grundsatz von dem ipso jure erfolgenden Erwerbe einer Erbschaft nicht erhalten und vielmehr das gemein- und landesrechtliche Prinzip Geltung verschafft, wonach regelmäßig zum Erwerbe einer Erbschaft ein besonderer Rechtsakt, eine ausdrückliche oder thatsächliche Erklärung, die Erbschaft antreten zu wollen, erforderlich ist.

In Gemäßheit der vorstehenden Ausführungen steht die fehlende Zustimmung des Ehemannes C. zu dem von seiner Ehefrau erklärten Verzichte auf die mütterliche Erbschaft der Erteilung des Erbenzeugnisses an ihren Vater und ihre Schwester als die übrigbleibenden Intestaterben nicht entgegen. Auf diesen Ausspruch, bezw. auf die Beseitigung des erwähnten Abschlags-

grundes mußte sich aber die gegenwärtige Entscheidung beschränken und konnte die Erteilung des Erbenzeugnisses an die beiden Antragsteller zur Zeit nicht aufgegeben werden, da über die Streitfrage, ob infolge des Nichtantritts der verehelichten E. das Anwachsungsrecht an die die Erbschaft antretenden Erben oder eine successive Berufung der Deszendenz der zur Erbschaft berufenen, aber nicht antretenden E. eintritt, bisher keine, wenigstens keine ausdrückliche Entscheidung getroffen und zunächst dem Waisengerichte zu überlassen ist, überdies aber bisher nur die unbescheinigte Angabe vorliegt, daß keine solche Deszendenz vorhanden sei.

---

4. Die Verordnung vom 16. Mai 1857 betr. die Intercession von Frauenzimmern gegenüber den Bestimmungen der Revidierten Stadtbuchordnung vom 22. Dezember 1857. Ka. 108/87.

Die Witwe B. in K. hatte im Jahre 1877 die Stadtbuchschrift über eine für sie in ein städtisches Grundstück eingetragene Forderung als sichernde Hinterlage für ein ihrem Sohne vom dortigen Vorschußverein gewährtes Darlehn hergegeben und eine bei eigner Schreibensunkunde in ihrem Auftrage mit ihrer Namensunterschrift versehene Urkunde beigefügt, deren gedruckter Text besagt, daß die darin erwähnte Forderung hiermit vorbehaltlos cediert werde. Als Cessionar, dessen Name bei Unterschrift der Akte nach Angabe der Witwe noch nicht eingeschrieben war, ist der Sohn bezeichnet, der seinerseits eine weitere gleichlautende Cessionsakte für den Vorschußverein ausgestellt hat. Es steht fest, daß die Witwe durch die für sie vollzogene Akte den Übergang des Intabulats auf den Vorschußverein zu dessen Sicherung gewollt, und daß dieser die Umschreibung des Postens auf seinen Namen erwirkt hat.

Jetzt hat die erste Cedentin die Übertragung ihrer Forderung auf Grund der Verordnung vom 16. Mai 1857 als nichtige Intercession angefochten und beantragt:

den Beklagten zur Herausgabe der beregten Stadtbuchschrift mit einer auf den Namen der Klägerin lautenden schriftlichen Cession ohne Gewähr, eventuell zur Zahlung der Summe von 750 Mark zu verurteilen.

Das erstinstanzliche Gericht erkannte diesem Antrage gemäß.

Auf Berufung des Beklagten wurde diese Entscheidung vom Oberlandesgericht durch Urteil vom 22. Dezember 1887 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Gründe.

Das Landgericht verurteilt den Beklagten zur Rückcession der streitigen Stadtbuchschrift an die Klägerin nach dem Klagantrage, indem dasselbe auf Grund der Beweiserhebung feststellt, daß die Hingabe der Stadtbuchschrift an den Beklagten auf dem Wege einer Intercession der Klägerin erfolgt sei, deren Nichtigkeit sich daraus ergebe, daß streitlos die Vorschriften der Verordnung vom 16. Mai 1857 nicht beobachtet seien, während andererseits angenommen wird, daß die Bestimmung des Artikels 317 des Handelsgesetzbuchs, wonach bei Handelsgeschäften die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt ist, hier nicht Platz greife. Nicht erwogen ist dabei die weitere Frage, ob und inwiefern die auf Grund der Cession des streitigen Stadtbuchpostens unbestritten geschehene Umschreibung desselben auf den beklagten Verein die Beurteilung des Falles zu beeinflussen geeignet ist?

Nach der Sachlage erscheint es angemessen, zunächst auf diese Frage näher einzugehen, indem sich daraus die Hinfälligkeit der Klage ergeben wird, auch wenn der obigen Begründung des angefochtenen Urteils im übrigen beizustimmen wäre. Es unterliegt nämlich keinem beachtlichen Zweifel, daß eine Klage, mittels deren irgend ein Akt im Stadtbuche, namentlich auch die geschehene Umschreibung eines eingetragenen Schuldpostens, lediglich deshalb angefochten und rückgängig gemacht werden soll, weil derselbe auf ungültiger Intercession eines Frauenzimmers beruhe, nicht stattfindet. Die Stadtbuchordnung vom 22. Dezember 1839 hatte bereits im § 36 unter den Einreden, welche gegen Schuldklagen aus Stadtbuchschriften schlechthin unzulässig sein sollten, „bei eingetragenen Bürgschaften" die exceptio Senatus consulti Vellejani und der Authent. si qua mulier genannt, und diese Vorschrift hatte sodann, auf die Anregung des ständischen Engeren Ausschusses (wie Tschierpe

S. 155 der Erörterungen zur revidierten Hypothekenordnung über Landgüter vom 18. Oktober 1848 nachweist), — daß der Ausschluß der sogenannten weiblichen Rechtswohlthaten in der Stadtbuchordnung auch die Fälle von Cessionen und Umschreibungen mitergreife, und wenn die Fassung derselben Zweifel darüber lasse, solches bestimmt auszusprechen sei, — durch die ergänzenden Bestimmungen vom 16. Februar 1838 die veränderte Fassung erhalten, daß jeder Bezug auf den Vellejanischen Ratsschluß und die erwähnte Authentica (also auch außer dem Falle der Bürgschaft) gegen den Inhalt des Stadtbuches unbedingt ausgeschlossen sei. So ist der Satz in den § 30, 5 der revidierten Stadtbuchordnung vom 22. Dezember 1857 übergegangen, nur ist mit Rücksicht auf das inzwischen erschienene Landesgesetz vom 16. Mai desselben Jahres nicht mehr auf die dadurch aufgehobenen römisch-rechtlichen Bestimmungen hingewiesen, sondern allgemein gesagt, wider die Klage aus einem Hypothekenscheine seien nicht blos die dort aufgezählten Einreden, sondern auch jeder Bezug auf die Beschränkungen der Intercessionen der Frauenzimmer gegen den Inhalt des Stadtbuchs unbedingt ausgeschlossen." Dieser gesetzliche Ausschluß solcher Bezugnahme hat dann nach dem Vorgange der revidierten Hypothekenordnung für Landgüter § 25, 4 (vgl. Tschierpe a. a. O.) im § 36, 4 noch eine weitere Erläuterung erhalten. Dieser § handelt von dem Rechtsbestande und der Unumstößlichkeit der Verlassungen, Eintragungen, Cessionen, Umschreibungen und Tilgungen, und bestimmt:

1. daß der Inhalt des Stadtbuchs vollen Beweis gebe,
2. daß Alles, was das Buch zur Zeit einer neuen Einzeichnung bereits enthält, für den Rechtsbestand der letzteren unumstößlich feststehe, wenn nicht
3. demjenigen, welche sich auf eine dieser beiden Vorschriften beruft, böser Glaube nachgewiesen werde.

Als anfechtbar bleiben demnach diejenigen Akte im Stadtbuche übrig, auf welche eine neue Einzeichnung noch nicht gefolgt ist. (Vgl. § 37, 4.) Wer dadurch verletzt ist, kann

4. seine Rechte gegen diejenigen, welche mit ihm in vertrags-

mäßigen oder unmittelbar gesetzlichen Rechtsbeziehungen stehen, und deren Erben gerichtlich geltend machen, jedoch sind auch hier die im § 30 bemerkten Einreden unstatthaft und dürfen auch nicht als Fundament einer Klage benutzt werden.

In diesem Zusammenhange ist aus der zuletzt erwähnten Beschränkung der Anfechtbarkeit in Anwendung auf den vorliegenden Fall zu entnehmen, daß eine Klage auf Tilgung einer an sich noch anfechtbaren Umschreibung nicht stattfindet, wenn dieselbe allein auf die Behauptung gegründet wird, daß der rechtsverletzende Akt auf der ungültigen Intercession eines Frauenzimmers beruhe, auch wenn das Rechtsgeschäft, welches die causa der angefochtenen Einzeichnung bildet, nach Form und Inhalt als eine solche Intercession sich unzweifelhaft darstellt und deshalb auch dem Prozeßgegner als solche erkennbar gewesen sein muß. Der angeführte umfassende, uneingeschränkte Ausdruck des § 30, 5 (verb.: „Jeder Bezug" — „unbedingt ausgeschlossen") führt aber zu der Annahme, daß die erwähnten Gesetzesstellen auch das Verhältnis des Cedenten zum Cessionar mitergreifen, auf welches auch schon Tschierpe a. a. O. die Bestimmung der Verordnung vom 16. Februar 1838 sub 9 erstrecken will, wobei es hier dahin gestellt bleiben kann, ob in dieser Beziehung rücksichtlich der sonstigen im § 30 aufgezählten Rechtsbehelfe andere Erwägungen maßgebend sein mögen. Unterstützend kommt für den vorliegenden Fall auch die Bestimmung des § 3, 5 des Gesetzes vom 16. Mai 1857 in betracht, wonach von Frauenzimmern formlos eingegangene Intercessionen ausnahmsweise verbindlich sein sollen, soweit die inländischen Hypothekengesetze die Berufung auf deren Unverbindlichkeit ausgeschlossen haben. Die Hypothekenbehörden sind zwar daneben angewiesen, Verbindlichkeiten aus Intercessionen von Frauenzimmern nur einzutragen, wenn aus den gemachten Vorlagen deren Rechtsbeständigkeit sich ergiebt; allein es ist nicht hinzugefügt, daß die Nichtbefolgung dieser Anordnung die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Eintrags nach sich ziehe; es handelt sich daher dort nur um eine instruktionelle Weisung, und ist damit

überdies den Behörden keineswegs zur Pflicht gemacht, auch solche von weiblichen Personen geschlossene Rechtsgeschäfte, welche, wie einfache, vorbehaltlose Cessionen, an sich keiner erschwerenden Form bedürfen, darauf zu prüfen, ob dieselben etwa zum Zwecke der Übernahme einer fremden Schuldverbindlichkeit eingegangen seien.

Der auf Richtigkeit der dem Übergange der Stadtbuchschrift auf den beklagten Vorschußverein unterliegenden Intercession gestützte Anspruch der Klägerin erscheint demnach haltlos. Sonstige Gründe für die Aufrechterhaltung der Klage werden aus der Verhandlung nicht ersichtlich. In den Übergang ihrer Stadtbuchforderung auf den Beklagten, um als Sicherheit für den von diesem ihrem Sohne gewährten Kredit zu dienen, hat die Klägerin eingewilligt, und sie hat den Beklagten durch Übergabe der Stadtbuchschrift mit der von ihr, wie schon der Vordruck der Urkunde ergiebt, „ohne jeglichen Vorbehalt" vollzogenen Cessionsakte in den Stand gesetzt, die Umschreibung zum Stadtbuche für sich zu erwirken. Auch erhebt sie gegen die nach ihrer Behauptung erst nachträglich von seiten des Beklagten geschehene Ausfüllung der Akte nur den Einwand, daß darin nicht der beklagte Vorschußverein, sondern der Sohn der Klägerin als Cessionar eingetragen und erst durch weitere Cession des letzteren die Übertragung der Forderung an den Vorschußverein vermittelt worden sei. Geht man aber nach der obigen Ausführung davon aus, daß die Klägerin durch die Umschreibung, welche an sich dem von ihr gewollten Zwecke der Sicherheitsleistung entsprach, der Berufung auf die Ungültigkeit der unterliegenden Intercession verlustig ging, so erscheint es mindestens für den gegenwärtigen Streit unerheblich, ob das die Umschreibung vermittelnde Cessionsgeschäft in der einen oder in der anderen Weise zur Ausführung gelangt ist.

Ein etwaiger Anspruch der Klägerin auf Rückgewähr des zur Sicherung hingegebenen Wertobjektes nach anderweitiger Befriedigung des Gläubigers wegen der dadurch gesicherten Hauptforderung, beziehungsweise auf einen nach Deckung der letzteren mittels Realisierung der streitigen Stadtbuchforderung

sich etwa ergebenden Überschuß steht gegenwärtig nicht in Frage.

Anm. Dieses Urteil stimmt, auch in der Begründung, vollständig überein mit einem Bescheide des vormaligen Oberappellationsgerichts vom 28. Juni 1875 (zur Sache Da. 440/75), durch welchen in einem ganz gleich liegenden Falle die Appellation gegen ein die Klage abweisendes Erkenntnis der Justizkanzlei in Rostock als unbegründet zurückgewiesen ist. Gegen die hier in zwei gleichlautenden Entscheidungen vertretene, vom Oberlandesgerichte festgehaltene Auffassung richtet sich die weiter unten in diesem Hefte zum Abdrucke gelangende Abhandlung des Herrn Landgerichtsrats Altvater in Güstrow.

Abhandlungen.

Zur Auslegung des § 30 No. 5 der revidierten Stadtbuchordnung.

Von Herrn Landgerichtsrat Altvater in Güstrow.

Für die im mecklenburgischen Hypothekenrechte statuierten Beschränkungen der Einreden des Schuldners auch gegen den ursprünglichen Gläubiger und dessen Erben,

vgl. von Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht § 23, Anm. 4,

macht das Doberaner Diarium IV. No. 24,

von Meibom a. a. O. S. 308,

den Grund geltend, daß „dadurch das Vertrauen zu den Hypothekenbuchsforderungen, so lange sich dieselben noch in der ersten Hand befinden, noch mehr befestigt wird." Es kann fraglich erscheinen, ob alle diese Beschränkungen legislatorisch genügend gerechtfertigt und zweckmäßig sind; das mecklenburgische Recht geht hierin weiter als die meisten modernen Hypothekengesetze.

Vgl. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 2. Aufl. II. § 114, S. 392 folg.

Vgl. ferner aus dem Entwurfe eines Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches §§ 1083—1085 (Hypothek), §§ 1108, 1111 (Briefhypothek), §§ 1125 Abs. 2, 1128 (Sicherungshypothek), § 1136 (Grundschuld).

Neben der den Ausschluß einer Bezugnahme auf die Beschränkung der Intercessionen der Frauenzimmer festsetzenden Vorschrift

der mecklenburgischen Hypothekengesetze hat die Landesgesetzgebung, trotz starken Widerspruches der Stände, im § 3 No I der Verordnung vom 16. Mai 1857 „die sämmtlichen Hypothekenbehörden angewiesen, die Verbindlichkeiten aus Intercessionen von Frauenzimmern fortan nur dann einzutragen, wenn sich aus den ihnen gemachten Vorlagen die Beobachtung der Vorschriften des § 1 No I oder eine gesetzliche Ausnahme von denselben ergiebt."

Im Nachfolgenden soll untersucht werden, wieweit durch den § 30 No. 5 der revidierten StBO. — bezw. durch die ähnlichen Vorschriften der anderen mecklenburgischen Hypothekenordnungen — die Anfechtung einer erfolgten Umschreibung auf Grund der Verletzung der Intercessionsvorschriften ausgeschlossen wird. Während Tschierpe, Erörterungen zur revidierten ritterschaftlichen Hypothekenordnung S. 155, 179, eine solche Anfechtung allgemein ausschließt, wird die Frage unentschieden gelassen im Urteil des OLG. Rostock (II. Civ.-Sen.) vom 14. April 1886,

vgl. diese Zeitschrift VII. S. 40,

und ist endlich im Sinne von Tschierpe entschieden worden durch Urteil des OLG. Rostock (I. Civ.-S.) Ka 108/87 vom 22. Dezember 1887.

Die Einsicht der von mir benutzten Akten des vorderstädtischen Archivs und des Engern Ausschusses verdanke ich der Güte des Herrn Bürgermeisters Dahse-Güstrow.

1. Nachdem schon mit einem schwerinschen Reskript vom 1. Dezember 1835 „ergänzende Bestimmungen zur StBO." herausgegeben waren, deren Inhalt nach der Bemerkung eines ständischen Kommittenberichtes wesentlich durch Erwägungen und Bescheide auf Visitationen und Anfragen einzelner Stadtbuchbehörden seit Emanation der StOB. vom 22. Dezember 1829 hervorgerufen war, erging unterm 11. Oktober 1836 an die schwerinschen Landtagskommissarien ein neues Reskript, dem diese ergänzenden Bestimmungen in den Anlagen A, B, C „separiert" angeschlossen waren. In Grundlage eines Kommittenberichts vom 5. Dezember 1836 ward von den Ständen der Entwurf

einer Geschäftsinstruktion (Anlage B) ganz abgelehnt und statt dessen die „Herausgabe eines Kommentars über die StBO.“ beantragt; dagegen wurde über die neuen gesetzlichen Bestimmungen zur StBO. (Anlage A) in Grundlage desselben Kommittenberichts, welcher sie im einzelnen sorgfältig prüfte, eine entgegenkommende ständische Erklärung abgegeben, und darauf wurde von der Regierung erklärt, daß diese Gesetzgebungsfrage einer wiederholten Prüfung unterzogen und weiter darüber verhandelt werden solle. Solche Verhandlung wurde durch die Reskripte vom 4. Oktober 1837 an den Engern Ausschuß eingeleitet, durch welche ein neuer Entwurf über ergänzende Bestimmungen zur StBO., sowie ein neuer Entwurf von Geschäftsinstruktionen, beide mit Motiven, mitgeteilt wurden.

2. Inzwischen war durch Reskripte beider mecklenburgischer Regierungen vom 7. Oktober und 3. November 1836 an den Engern Ausschuß dessen ratsames Erachten darüber erfordert, ob es zweckmäßig sei:

I. den nach § 36 StBO. ausgeschlossenen Einreden die des Anatocismus hinzuzufügen und die Einrede des S. C. Vellejanum nicht bloß wegen eingetragener Bürgschaften, sondern in bezug auf alle Cessionen und Umschreibungen auszuschließen,

II. diese Bestimmungen und die Anordnung der StBO.

1. wegen Unstatthaftigkeit der Einreden

a. des S. C. Macedoniani und der Minderjährigkeit,

b. der Teilung, des Land- und Hofgerichts-Gebrauchs und der Landes-Reservalen bei Bürgschaften,

c. des S. C. Vellejani und der Authentica si qua mulier, sowie

2. wegen beschränkter Zulassung des Schuldners zum Beweise der nicht geschehenen Zahlung der Valuta

in die ritterschaftliche Hypothekenordnung aufzunehmen? Der Eingang des Reskripts vom 7. Oktober begründete diese Vorschläge mit der Bemerkung, daß „die StBO. § 36 gegen erfolgte Intabulationen mehr Einreden ausschließe, als die ritterschaftliche HO.“, und fügte bei der Erwähnung der Einrede des Vellejanischen Ratschlusses und der Authentica si qua mulier

hinzu, daß diese Einrede „nicht in dem erforderlichen Umfange für alle und jede Intercession, vielmehr ihrer Fassung nach nur für eingetragene Bürgschaften, und ohne daß die Fälle von Cessionen und Umschreibungen mit ergriffen scheinen", ausgeschlossen sei.

Aus dem hierüber seitens einer Kommitte erstatteten, von der Landtagsversammlung genehmigten, Berichte vom 16. Dezember 1836 ist die Bemerkung ad I hervorzuheben, daß es kein Bedenken erregen könne, „nach Beseitigung der großen Vorzüge, welche das römische Recht den Ehefrauen wegen ihrer Dotal-Forderungen verliehen und in Hinsicht auf Bürgschaften durch das S. C. Vellejanum nebst der Authentica si qua mulier erteilt hat, die den Bürgen zustehenden Einreden bei Klagen aus Hypothekenscheinen auch dann nicht zuzulassen, wenn nicht die erste Anleihe, sondern eine Umschreibung eines Intabulats durch eine Bürgschaft herbeigeführt wurde." „Für jenen Fall" — so fährt der Bericht fort — „sind sie ausgeschlossen, dieser scheint bei der Redaktion unserer Hypothekenordnungen übersehen zu sein." Der Antrag der Kommitte geht auf Annahme der von der Regierung vorgeschlagenen Änderungen, bezw. Zusätze — wobei hervorgehoben wird, daß diese Bestimmungen, was die StBO. betreffe, in einer auch die übrigen Bestimmungen, welche auf dem gegenwärtigen Landtage genehmigt worden, zugleich enthaltenden Verordnung zu treffen seien, „damit alles Neue möglichst beisammen bleibe."

Nach No. XXXVII der Propositionen des E. A. zum Landtage von 1837 „produzierte der E. A. die ad Seren. Suerin. et Strel. wegen der zuläßigen Einreden gegen die Intabulationen in die ritterschaftlichen Hypothekenbücher und die Stadtbücher in Gemäßheit der Beschlüsse des jüngsten Landtags unterm 8. März 1837 abgelassene Vorstellung." In dieser gemäß des ständischen Auftrags erlassenen Vorstellung, auf deren Inhalt Tschierpe a. a. O. S. 155 entscheidendes Gewicht zu legen scheint, erklärte der E. A. zunächst die Ausschließung der Einrede des Anatocismus für angemessen, „da es notwendig ist, Alles auszuschließen, was den Bestand einer intabulierten For-

derung gefährden und die zur Erhaltung des Realkredits so notwendige Unumstößlichkeit der eingetragenen Pöste denselben entziehen dürfte.“ Unmittelbar hieran schloß sich die folgende Erklärung:

„Auch sind sie (die Stände) der Ansicht, daß bei dem Ausschluß des Vellej. Ratschlusses und der Authentica s. q. m. die Fälle von Cessionen und Umschreibungen mit ergriffen werden müssen und, wenn die Fassung des Gesetzes hierüber Zweifel läßt, solches bestimmt auszusprechen sei.“

Der E. A. bat in der gedachten Vorstellung, die in Frage stehenden ergänzenden Bestimmungen zur StVO. mit den anderen, vorhin unter 1 erwähnten, ergänzenden Bestimmungen zu verbinden.

3. In Berücksichtigung der unter 2 beregten Verhandlungen hatte der unter 1 a. E. erwähnte Entwurf ergänzender Bestimmungen zur StVO. eine, in den früheren „ergänzenden Bestimmungen“ nicht enthaltene, Abänderung ad § 36 StVO. in sich aufgenommen des Inhalts, wie sub No. 9 der Verordnung vom 16. Februar 1838,

Raabe, Gesetzsammlung II. S. 50,

Gesetz geworden ist. Die dem schwerinschen Reskripte vom 4. Oktober 1837 beigegebenen Motive beziehen sich ad § 36 der StVO. auf das Erachten des E. A. vom 8. März 1837 und bemerken sodann: „Die generelle Fassung i. f. des Zusatzes (sub 7) soll — in beihalt jenes Erachtens — auch Umschreibungen sowie Tilgungen und Postpositionen ergreifen, ohne (was bedenklich sein würde) der richterlichen Beurteilung vorzugreifen, ob in dergleichen Fällen das S. C. Vellejanum ꝛc. überhaupt anwendlich sei. Sie ist deshalb der Fassung der klösterlichen Hypothekenordnung § 15 c vorgezogen.“

Der, von der Landtagsversammlung genehmigte, Bericht der Kommitte vom 14. Dezember 1837 bemerkte hiezu lediglich Folgendes:

„Dieser Zusatz (zum § 36) empfiehlt sich nach Inhalt und Fassung zur unbedingten Annahme. Neu ist darin nur die Bestimmung sub No. 5 wegen der aufgeschwollenen Zinsen.“

4. Der wesentliche Inhalt dieser abändernden Bestimmung zum § 36 StGB., namentlich auch der unter besonderer Nummer auftretende Satz:

„(Endlich) ist jeder Bezug auf den Vellejanischen Ratschluß und die Authentica si qua mulier (gegen den Inhalt des Stadtbuchs) unbedingt (gänzlich) ausgeschlossen.“

findet sich in den später erlassenen Hypothekenordnungen regelmäßig wieder:

Wismarsche StBO. vom 23. Februar 1838 § 34,
HO. für Wismarsche Erbpachtgüter vom 6. Juli 1839 § 20,
Rev. Rittersch. HO. vom 18. Oktober 1848 § 29,
Klosterhypothekenordnung vom 8. Dezember 1852 § 21,
Domanialhypothekenordnung vom 2. Januar 1854 § 24,
Rev. StBO. vom 21. Dezember 1857 § 30.

In der schon unter 3 erwähnten Klosterhypothekenordnung vom 20. Februar 1837 § 15 c und ebenso in der Rev. Klosterhypothekenordnung vom 8. Dezember 1852 § 21 sub b ist für unzulässig erklärt worden:

„jeder Bezug auf den Vellejanischen Ratschluß und die Authentica s. q. m. gegen erfolgte Eintragungen, Umschreibungen und Tilgungen.

5. Es ergiebt sich aus dem Vorstehenden, daß die von Tschierpe a. a. O. vertretene Auffassung mit den Absichten der Gesetzgebungs-Faktoren nicht übereinstimmt. Diese Faktoren hatten, wie der E. A. sich selbst ausdrückt, eine Gesetzgebung „wegen der zulässigen Einreden gegen Intabulationen“ und, wie man annehmen muß, zunächst (vgl. übrigens S. 288) die Fälle im Auge, daß die Eigentümerin — bezw. der Eigentümer — eines städtischen Grundstücks (Landguts) einen auf dies Grundstück (Landgut) eingetragenen Hypothekenposten mit einer in blanco gestellten oder auf ihren Namen lautenden Cessionsakte,

über die rechtliche Möglichkeit vgl. von Meibom a. a. O. S. 276, Buchka und Budde, Entscheidungen des OAG., Rostock IV. S. 182, 183,

zur Verfügung hatte und diesen Schein mit Cession animo intercedendi an einen Dritten gab, welcher die Umschreibung

auf sich erwirkte und mit der Klage aus dem Hypothekenschein gegen die Eigentümerin vorging, sowie ferner möglicherweise die Fälle, in denen die Cedenten nach einer mit Intercessionsabsicht geschehenen Übertragung der hypothekarischen Forderungen Eigentümer der betreffenden Grundstücke geworden waren. Es konnte bezweifelt werden, ob für alle diese Fälle eine Einrede aus dem S. C. Vellejanum durch § 36 StBO. ausgeschlossen war; der dem beabsichtigten Ausschluß zu Grunde liegende Gedanke, dessen legislatorischer Wert hier nicht weiter zu untersuchen ist, war also der: daß es angemessen sei, gegenüber der Klage aus einem Hypothekenschein die Herbeiführung einer Umschreibung durch Intercession gleichartig mit der Herbeiführung einer ersten Eintragung durch Intercession zu behandeln. Keineswegs aber gedachte man der Cedentin einer auf das Grundstück eines Dritten eingetragenen Hypothek, die von ihr infolge eines Intercessionsgeschäftes weggegeben und auf den ersten Empfänger umgeschrieben war, die Möglichkeit einer Rückforderung dieses Hypothekenscheins gegenüber demjenigen, bei welchem sie intercediert hatte, abzuschneiden.

Mit Recht nimmt

von Meibom a. a. O. S. 245, 246, vgl. namentlich Note 35,

die Möglichkeit solcher Anfechtung einer geschehenen Umschreibung gegen Tschierpe an.

Es soll jetzt noch — unter Absehen von der sub 1—4 berichteten Vorgeschichte — die Richtigkeit dieser Ansicht für das mecklenburgische Hypothekenrecht in Anschluß an die Bestimmungen der Rev. StBO. kurz erörtert werden.

6. Wenn die Vorschrift des § 30 No. 5 der R. StBO. einen selbständigen Platz unter den „Allgemeinen Bestimmungen“, etwa im § 36 oder § 37, hätte, so würde vielleicht zuzugeben sein, daß sie so, wie Tschierpe will, auszulegen wäre.

Ist es auch bei einem größeren Gesetze im allgemeinen richtig, was

Wach, Handbuch des Civilprozesses I. S. 280, 281,

hinsichtlich der CPO. ausführt, daß aus der Stellung eines

Paragraphen nur mit Vorsicht auf seinen Inhalt geschlossen werden darf, so wird doch durch die, einen Teil des Gesetzes bildende, Überschrift des § 30 R. StVO. der No. 5 ihre Bedeutung mit Bestimmtheit dahin angewiesen, daß es sich um Rechtsbehelfe des Schuldners beim gerichtlichen Verfahren aus Hypothekenscheinen handelt. Die R. StVO. besitzt eine sehr eingehende, bis in die einzelnen Paragraphen durchgeführte, durch Einteilung in Titel, durch Überschriften aller Paragraphen, durch Anwendung von Zahlen und Buchstaben innerhalb der Paragraphen zum Ausdruck gebrachte Systematik.

Allerdings stellt sich die No. 5 des § 30, ebenso wie die No. 6, durch ihre selbständige Formulierung, trotz der Anknüpfung mit dem Worte „Auch" in einen gewissen Gegensatz zu den No. 1—4. Auch ist die Fassung der No. 5 in ihrer Allgemeinheit („jeder Bezug" — „unbedingt") offensichtlich mit Bedacht gewählt. Jener Gegensatz und diese Allgemeinheit der Fassung erklärt sich durch die im Vorstehenden dargelegte Absicht der Gesetzgebungs-Faktoren. Also: nach § 30 No. 5 soll bei der Klage aus einem Hypothekenschein die beklagte Schuldnerin, bezw. der beklagte Schuldner

(vgl. l. 6, l. 8, § 6 l. 30, § 1 l. 32, § 3 Dig. ad S. C. Vellej. l. 15 Cod. eod.)

sich niemals verteidigen dürfen durch Berufung darauf, daß der Schein, welcher auf den Namen des Klägers umgeschrieben worden, zufolge einer ungültigen Intercession von der, bezw. dem Beklagten oder auch von einem Dritten an den Kläger gelangt sei. Man hat beim Erlaß der ergänzenden Bestimmungen zur StVO. vielleicht nicht in erster Linie die Notwendigkeit ins Auge gefaßt, eine etwaige Verteidigung des bei der Intercession gar nicht beteiligten Schuldners durch Bezugnahme darauf, daß der Gläubiger den Schein vermittelst eines nichtigen Intercessionsgeschäftes erworben habe, auszuschließen; dennoch wird man sagen dürfen, daß die Fassung des Gesetzes auch auf diesen Fall bezogen werden kann — wobei es eine Frage für sich bleibt, ob nicht schon die formale Selbständigkeit des aus der Umschreibung erwachsenen Rechts die Möglichkeit einer solchen Ver-

teidigung des Schuldners ausschließt. In dieser Beziehung mag noch erwähnt werden, daß im Original des unter 2 erwähnten Kommittenberichts der ursprünglich dort stehende, dem angezogenen Passus folgende Satz:

„indem zu den allgemeinen Gründen noch der hinzukommt, daß die Bürgschaft in bezug auf den Schuldner fast immer eine res inter alios acta sein wird, die ihm nach bekannten allgemeinen Grundsätzen weder Rechte erteilen noch entziehen kann"

ausgestrichen ist.

In den Fällen der No. 1—4, auch der No. 6 des § 30 handelt es sich um Einreden des Schuldners, welche aus dem Akte der ersten Begründung des Intabulats hergenommen werden, bei der No. 5 auch um Bezugnahmen des beklagten Schuldners auf Mängel, die nicht in jenem Akte liegen, sondern später (bei Umschreibungen) eingetreten sind. Aber auch die No. 5 kann nach ihrer Stellung nur von Einreden des Schuldners bei der Klage aus einem Hypothekenschein,

vgl. Buchka und Budde, Entscheidungen des OAG. Rostock I. S. 23,

verstanden werden; wie denn auch § 36 No. 4 des Gesetzes ganz allgemein von den im § 30 ausdrücklich ausgeschlossenen einzelnen „Einreden" spricht, ohne eine Unterscheidung zwischen den Nummern des § 30 zu machen. Indem dieser § 36 No. 4 bezüglich der Einreden des § 30 bestimmt, daß „deren Geltendmachung mittels Klage gleichfalls hinwegfällt", ist er natürlich nur so aufzufassen, daß eine Klage seitens derjenigen und in dem Umfange ausgeschlossen sein soll, welche und soweit sie im § 30 als Subjekte möglicher, aber dort ausdrücklich ausgeschlossener, Einreden bezielt werden.

Das Recht der kirchlichen Baulast im Großherzogtum Mecklenburg-Schwerin.*)

Von Herrn Oberlandesgerichtsrat Dr. Buchka.

Inhalt.

§ 1.
Geschichtliche Einleitung.

Als um die Mitte des sechszehnten Jahrhunderts mit fortschreitender Durchführung der Reformation in den Herzogtümern Mecklenburg die im Lande vorhandenen Klöster und geistlichen Stifter in umfassender Weise säkularisirt wurden, erhoben die Landstände, welche durch die mit jenen Säkularisationen verbundene Unterdrückung des Prälatenstandes in ihrer bisherigen Verfassung unmittelbar berührt wurden, gegen diese teils von

*) Zu der nachfolgenden Arbeit sind an ungedrucktem Material außer mehrfachen Urteilen des früheren Oberappellationsgerichts und des jetzigen Oberlandesgerichts zu Rostock die auf dem ständischen Archiv daselbst vorhandenen Akten, betreffend die Verhandlungen über den Erlaß der Verordnung vom 27. Dezember 1824 und der Deklaratorverordnung vom 21. April 1832, benutzt worden, welche dem Verfasser mit dankenswerlestem Entgegenkommen zugänglich gemacht sind.

den Landesherren, teils von den Seestädten ausgehende Einziehung des geistlichen Guts eine lebhafte Opposition und erreichten durch ihren Widerspruch auf dem Landtage des Jahres 1552 die landesherrliche Zusicherung, daß die Klöster „zu christlich mildem Gebrauch angewendet und sonderlich zu der Universität Rostock gelegt werden" sollten.[1]) Diese Zusicherung, welche auch in der in demselben Jahre erlassenen Kirchenordnung Aufnahme fand, wurde in der Landtagsproposition des auf den 19. Mai 1555 nach Güstrow einberufenen Landtags in ähnlicher Weise wiederholt und findet sich in allen späteren Kirchenordnungen bis zu der revidierten Kirchenordnung von 1650 herunter in fast stereotyper Weise wieder.[2])

Indessen hatten die Rechtsverhältnisse des eingezogenen Kirchenguts eine Regelung gefunden, welche den Fortbestand des letzteren als eines selbständigen den Zwecken der Kirche gewidmeten Vermögens definitiv beseitigte. Wenn die Stände mit ihrem anfänglichen Protest gegen die Säkularisation dem allgemeinen Rechtsbewußtsein Ausdruck gaben, welches der einfachen Einziehung des Kirchenguts zum landesherrlichen Vermögen sich widersetzte[3]), so wurde hiedurch doch der fortschreitende Gang der Säkularisationen selbst nicht aufgehalten, vielmehr nur soviel erreicht, daß die Zweckbestimmung des eingezogenen Kirchenvermögens durch jene landesherrlichen und gesetzlichen Zugeständnisse fixiert, die Frage nach dem rechtlichen Verhältnis dieses Vermögens dagegen vorläufig offen gelassen wurde.[4]) Als es sodann aber den Landesherren gelang, jenen Protest der Stände durch die in Ausführung des sog. Ruppinschen Machtspruchs

---

[1]) vgl. hiezu und zu dem Folgenden Buchka und Budde, Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Bd. III. S. 340 ff., Böhlau, Fiskus, landesherrliches und Landesvermögen, S. 62 ff.

[2]) siehe die näheren Nachweise bei J. und M. Wiggers, Geschichte der mecklenburgischen Landesklöster S. 71 Note 1.

[3]) siehe hierüber, sowie über die weitere Entwicklung der Rechtsverhältnisse des Kirchenvermögens in der evangelischen Kirche Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht Bd. III. S. 799 ff., insbes. S. 801.

[4]) Böhlau a. a. O. S. 77, Gierke a. a. O. S. 801 Note 150.

vom 1. August 1556[5]) erfolgte Überweisung dreier Klöster an die letzteren zu beseitigen, war auch das Schicksal des übrigen Teils des von den Landesherren eingezogenen Kirchenguts entschieden. Dasselbe blieb in den Händen der letzteren, welche es nunmehr ohne Widerspruch von irgend welcher Seite ihrem „Kammergute" gleich behandelten und für diesen ihren Besitz in dem Augsburger Religionsfrieden, sowie später in dem westfälischen Frieden auch die reichsgesetzliche Anerkennung erhielten. Lediglich die Zweckbestimmung jenes Kirchenguts blieb bei Bestand und wurde, wie bereits hervorgehoben, auch noch nach dem Abschluß des westfälischen Friedens in der revidierten Kirchenordnung von 1650 anerkannt.[6])

Die Säkularisationen des Reformationszeitalters betrafen nur die Güter solcher geistlichen Stiftungen, welche unter der Herrschaft der neuen Lehre ihre Existenzberechtigung verloren hatten und daher auch als kirchliche Vermögenssubjekte nicht fernerhin anerkannt wurden, während die Pfarrkirchen und die zahlreichen in den Städten vorhandenen zu den ersteren in nahen Beziehungen stehenden lokalen Stiftungen von jenem Schicksal verschont blieben. Wenn die Reformatoren anfänglich die Tendenz verfolgten, die kirchliche Anstalt des kanonischen Rechts zu beseitigen und durch die kirchliche Gemeinde zu ersetzen,[7]) so vermochten sie doch mit diesem Bestreben in Mecklenburg so wenig wie im übrigen Deutschland durchzudringen, und es blieb daher die Rechtskontinuität zwischen alter und neuer Zeit in bezug auf die nicht dem Schicksal der Einziehung verfallenen kirchlichen Stiftungen gewahrt. Die Pfarrkirchen behielten für die Folgezeit nicht nur die ihnen nach dem kanonischen Recht als kirchlichen Stiftungen zukommende Rechtsstellung eines selbständigen Vermögenssubjekts, sondern verblieben auch im Besitz

---

[5]) Über den Ruppinschen Machtspruch siehe J. und M. Wiggers a. a. O. S. 73.

[6]) Über die aus dieser Zweckbestimmung hergeleiteten Konsequenzen siehe Böhlau a. a. O. S. 79, 80 und Mecklenburg. Landrecht III. S. 72.

[7]) Gierke a. a. O. S. 799 ff. und für Mecklenburg Böhlau, Mecklenburg. Landrecht III. S. 68 Note 9 a.

und Genuß ihres aus der vorreformatorischen Zeit herstammenden Vermögens, dessen Zweckbestimmung — die Dotierung des Pfarrinhabers und die Erhaltung der kirchlichen Anstalt bei stiftungsmäßigem Bestande — einer Veränderung nicht unterlag.[8]) Die genannten städtischen Stiftungen wurden dagegen in neuen Stiftungen, den sog. Kirchenökonomieen,[9]) centralisiert, deren Einkünfte wiederum zur Verwendung für kirchliche Zwecke den neuen Verhältnissen entsprechend bestimmt wurden.

Schon frühzeitig machte sich die Erfahrung geltend, daß unter den von Grund aus veränderten kirchlichen Verhältnissen die Einkünfte der bei Bestand gebliebenen geistlichen Stiftungen nicht durchweg ausreichten, um die kirchlichen Bedürfnisse in genügender Weise zu befriedigen und auch die oben erwähnten Bestimmungen der Kirchenordnungen über die Verwendung des eingezogenen Kirchenguts vermochten für die einzelnen bedürftigen Kirchen keine durchgreifende Abhilfe zu schaffen, zumal von einer ausschließlichen Verwendung der Aufkünfte aus jenem Kirchengut für kirchliche Zwecke bald keine Rede mehr war. Sämtliche seit dem Jahre 1552 erlassenen Kirchen- und Superintendentenordnungen enthalten daher neben Vorschriften über die Verwaltung und Verwendung des Kirchenvermögens zahlreiche Bestimmungen über die Heranziehung der Gemeinden zu Bauleistungen für die Kirche,[10]) welche schließlich in den §§ 499 und 500 des landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs ihren Abschluß finden.

Diese beiden Paragraphen des mecklenburgischen Grundgesetzes gaben Anlaß zu einer im Anfang unseres Jahrhunderts sehr lebhaft verhandelten Kontroverse über die Verpflichtung zur Erhaltung der kirchlichen Gebäude in denjenigen Fällen, in welchen das Kirchenärar sich zur Bestreitung der hiezu erforder-

---

[8]) Mejer, Lehrbuch des Kirchenrechts, 3. Auflage, S. 419 Note 2, Richter-Dove, Lehrbuch des Kirchenrechts § 312.

[9]) über die Kirchenökonomieen siehe Böhlau, Mecklenburg. Landrecht Bd. III. S. 88, 89.

[10]) vgl. die Zusammenstellung bei Buchka und Budde Bd. III. S. 343 ff.

lichen Kosten nicht als ausreichend erwies. Die Zeiten, in welchen das Kirchenvermögen zur Deckung der kirchlichen Verwaltungskosten in der Mehrzahl der Fälle ausreichte und ein etwaiger Ausfall durch freiwillige Beiträge der Gemeindeglieder mühelos gedeckt werden konnte, waren, wie der Kirchenprokurator Hofrat Franke zu Schwerin im Jahre 1806 klagte,[11]) vorüber, durch den allgemeinen wirtschaftlichen Niedergang war auch das Kirchenvermögen entwertet und zum Teil verloren gegangen und Hand in Hand mit dem ökonomischen Verfall der kirchlichen Stiftungen ging eine immer weitere Kreise ergreifende Gleichgültigkeit gegen die kirchlichen Institutionen überhaupt. Die Folge dieser Verhältnisse war eine große Zahl von Prozessen, in welchen die Kirchen sich die Mittel zur Erhaltung ihres äußeren Bestandes zu erstreiten suchten, zum Teil zunächst mit günstigem Resultate. Die Vertretung der Rechte der Kirchen lag damals in den Händen des schon genannten Hofrat Franke, welcher der Sache derselben eine unermüdliche Thätigkeit widmete, in ihrem Interesse auch literarisch thätig wurde und durch die in der Note 11 genannte Schrift den Anstoß zu einer Reihe von Abhandlungen gab, in welchen die Frage, wem die Kirchenbaulast bei unvermögendem Kirchenärar obliege, ausführlich erörtert und beleuchtet wurde.[12])

Der Ausgang jener von den Kirchen geführten Prozesse war jedoch im schließlichen Resultate für dieselben ein ungünstiger. Der Hofrat Franke vertrat die Ansicht,[13]) daß der landesgrundgesetzliche Erbvergleich die Bestimmungen der im § 483 desselben ausdrücklich bestätigten Kirchenordnungen über die subsidiäre Beitragspflicht der Eingepfarrten für den Fall der

---

[11]) Franke, Die Verbindlichkeit der Eingepfarrten, zum Bau und Unterhalt der Kirchen-, Pfarr- und Küstergebäude, besonders bei dem Unvermögen der Kirchen-Ärarien, beizutragen. 1806.

[12]) ein Verzeichnis dieser Literatur findet sich bei von Nettelbladt, Rechtssprüche des Oberappellationsgerichts zu Parchim Bd. II. S. 93, 94.

[13]) übrigens in Übereinstimmung mit einer Herzoglichen Circularverordnung vom 14. Februar 1806 (Raabe, Gesetzsammlung Bd. IV. S. 131.)

Unzulänglichkeit des Kirchenärars bei Bestand gelassen habe, und drang mit derselben bei den auswärtigen Spruchbehörden durch, an welche auf seinen Antrag die Akten in den höheren Instanzen zur Einholung des Urteilsspruchs verschickt wurden. Dagegen verschaffte sich die entgegengesetzte Auffassung, nach welcher der landesgrundgesetzliche Erbvergleich die Eingepfarrten von der aus den älteren Gesetzen hergeleiteten allgemeinen subsidiären Beitragspflicht zu Kirchenbauten befreit haben sollte, insbesondere auf Grund einer im Jahre 1806 anonym erschienenen Schrift, welche dem Advokaten Rönnberg zu Güstrow zugeschrieben zu werden pflegt,[14]) Anerkennung und erlangte demnächst auch die Billigung des im Jahre 1818 neu errichteten Oberappellationsgerichts.[15]) Andererseits vermochte aber auch die von Rönnberg vertretene und von Franke bekämpfte Ansicht, daß dem Patron die Pflicht zur Tragung der subsidiären Kirchenbaulast obliege, nicht durchzubringen, und war somit nach damaliger Lage der Dinge thatsächlich Niemand vorhanden, dessen Verpflichtung zur Bestreitung der Baukosten für die Gebäude unvermögender Kirchen eine unbestritten feststehende gewesen wäre. Der hiedurch begründete Notstand gab im Großherzogtum Mecklenburg-Schwerin Veranlassung zu einer neuen gesetzlichen Regelung dieses Gegenstandes, welche nach mehrjährigen Verhandlungen mit den derselben anfänglich abgeneigten Ständen durch die Verordnung vom 27. Dezember 1824 dahin erfolgte, daß die subsidiäre Kirchenbaulast dem Patron, den Eingepfarrten, d. h. den Obrigkeiten des Kirchspiels und den Gemeinden, gemeinschaftlich auferlegt wurde.[16]) Eine Ergänzung dieser Ver-

---

[14]) Erörterung der Frage: Wem liegt bei unzureichendem Kirchen-Ärarium die Verbindlichkeit ob, zum Bau und Unterhalt der Kirchen- und Pfarrgebäude beizutragen? mit besonderer Rücksicht auf Mecklenburg. Nach einer handschriftlichen Notiz Kämmerers auf seinem jetzt in der Rostocker Universitätsbibliothek befindlichen Handexemplar soll laut einer Mitteilung Eschenbachs der Verfasser dieser Schrift der Advokat, demnächstige Steuerrat Daniel Heinrich Schulze zu Güstrow sein.

[15]) siehe die bei von Nettelbladt a. a. O. S. 109, 116, 128 abgedruckten Urteile.

[16]) in Mecklenburg-Strelitz lagen die Verhältnisse anders. Dort hatte

ordnung in mehreren Punkten erfolgte demnächst durch die Deklaratorverordnung vom 21. April 1832.

§ 2.
Begriff und Umfang der kirchlichen Baulast.

Unter der kirchlichen Baulast versteht man die Verpflichtung, die der kirchlichen Stiftung gehörenden zu kirchlichen Zwecken bestimmten Gebäude mit ihren Pertinenzen in baulichem Stand zu halten, insbesondere also, die erforderlichen Reparaturen an denselben vorzunehmen, sie im Bedürfnisfalle neu zu errichten und eventuell dem Bedürfnis entsprechend zu erweitern.[1]) Das Objekt der Baulast bilden nicht allein die Kirchen und Kapellen selbst als die zu Kultuszwecken ausschließlich bestimmten Gebäude, sondern auch die Amtswohnungen der Prediger und Küster mit den zu denselben gehörenden Neben- und

---

der Landesherr bereits im Jahre 1795 (Regulativ, betreffend das kirchliche Bauwesen landesherrlichen Patronats vom 14. Januar 1795, bei Scharenberg und Genzken, Gesetzsammlung I. S. 414) die subsidiäre kirchliche Baulast für die Kirchen landesherrlichen Patronats übernommen, und das Gleiche war demnächst auch seitens der Patrone aus der Ritter- und Landschaft geschehen, insoweit die Baulast nicht durch besondere Verträge oder Observanzen geregelt war.

[1]) in den bei Buchka und Budde, Entscheidungen Bd. II. S. 284 ff. abgedruckten Urteilen des Oberappellationsgerichts vom 15. Juni 1846 und 30. August 1847 ist in Übereinstimmung mit einem Rechtsgutachten der Juristenfakultät zu Berlin die Baupflicht für den Fall einer durch sogenannte Separation der Pfarrländereien veranlaßten Erweiterung der auf der Pfarre vorhandenen Wirtschaftsgebäude anerkannt. Dagegen hat das Oberappellationsgericht im Urteil vom 5. März 1863 zu Lu. 542 ausgesprochen, daß die Eingepfarrten die durch die Einrichtung zweier Wirtschaften auf der Pfarre (für den Prediger und den Pfarrpächter) verursachten Mehrkosten nicht zu tragen verpflichtet seien, weil die Bauverpflichtung derselben sich auf das Maß des Notwendigen beschränke. Endlich ist in einem Urteil desselben Gerichts vom 24. Februar 1859 zu Ke. 1075 entschieden, daß der Gemeinde die Neuerrichtung und Unterhaltung von Gebäuden, welche zu einer vorteilhaften Verpachtung der Pfarrländereien erforderlich sind, nicht obliegt, vgl. Böhlau Mecklenburg. Landrecht III. S. 87 Note 62.

Wirtschaftsgebäuden nebst Zubehör, sowie die Predigerwitwenhäuser,[2]) welche letzteren nach fol. 279 der revidierten Kirchenordnung von 1650 bei allen Kirchen vorhanden sein sollen ohne Rücksicht darauf, ob eine berechtigte Witwe zur Zeit existiert oder ob dieselbe von ihrem Benutzungsrechte Gebrauch machen will.[3]) Die kirchliche Baulast erstreckt sich ferner auf die Wohn-

---

[2]) vgl. den Eingang der Verordnung vom 27. Dezember 1824: „Kosten der Erbauung und Reparierung von Kirchen, Pfarr- und Küster-, auch Prediger-Witwenhäusern mit Zubehör."

[3]) Urteil des Oberappellationsgerichts vom 7. Oktober 1875 bei Budde, Entscheidungen IX. S. 230. Eine landesherrliche Verordnung vom 31. Dezember 1832 (Raabe IV. S. 29) bestimmt für die Kirchen landesherrlichen Patronats, daß den Predigerwitwen in denjenigen Kirchspielen, in welchen Witwenwohnungen nicht vorhanden sind, nur ein Anspruch auf eine angemessene Mietsentschädigung zusteht, welche in einer mit den Eingepfarrten abzuhaltenden Pfarrkonferenz unter Zuziehung der Witwe festzustellen ist. Ist eine Vereinbarung unter den Beteiligten nicht zu erreichen, so soll landesherrliche Bestimmung eingeholt werden, welche jedoch, da jene Verordnung ohne ständische Konkurrenz erlassen ist, die ständischen Eingepfarrten nicht schlechthin bindet. Dementsprechend gestattet die Verordnung den Eingepfarrten von der Ritterschaft ausdrücklich ein Widerspruchsrecht gegen die landesherrliche Bestimmung, und hat ein solcher Widerspruch zur Folge, daß der Bau eines Witwenhauses in Gemäßheit der Bestimmungen der Verordnung vom 27. Dezember 1824 vorzunehmen ist. Das in dieser Verordnung den Eingepfarrten von der Ritterschaft reservierte Widerspruchsrecht wird auch den eingepfarrten Stadtmagistraten nicht zu versagen sein. Bedenklich erscheint es ferner, daß der Widerspruch der Eingepfarrten gegen die landesherrliche Determination nach der Bestimmung der Verordnung nnr beachtet werden soll, wenn er als gemeinschaftlicher Beschluß derselben erklärt wird. Es wird vielmehr, da die Verordnung den Rechten der Stände nicht präjudizieren kann, die landesherrliche Bestimmung in Streitfällen auch dann in Wegfall kommen müssen, wenn auch nur Eine der eingepfarrten Obrigkeiten gegen dieselbe protestiert. Vgl. das mit dem Gesagten übereinstimmende Reskript des Oberkirchenrats vom 3. Januar 1877 bei Balck, Verwaltungsnormen in Mecklenburg-Schwerin Nr. 947.

Die Pflicht zur Unterhaltung eines Predigerwitwenhauses, bezw. zur Gewährung einer Mietsentschädigung beim Mangel eines solchen wird dadurch nicht vergrößert, daß mehr wie eine Witwe vorhanden ist. Die mehreren Witwen haben sich vielmehr in die Nutzung des einen Witwenhauses, bezw. des an die Stelle desselben tretenden Surrogats zu teilen. Reskript des Finanz-Ministeriums vom 26. September 1867 bei Balck Nr. 471.

und Wirtschaftsgebäude der Küster auch dann, wenn dieselben zugleich Schullehrer und Teile ihrer Amtswohnung zu Schulzwecken bestimmt sind, insoweit die erforderlichen Neubauten und Reparaturen in den Grenzen sich halten, welche dem thatsächlichen Zustand zur Zeit der Publikation der Deklaratorverordnung vom 21. April 1832 entsprechen. Dagegen sind alle Erweiterungsbauten, welche nach diesem Zeitpunkte für Zwecke des Schulamts nötig werden, von der kirchlichen Baupflicht ausgenommen.[4])

Im einzelnen umfaßt die kirchliche Baulast auch die Instandhaltung und Ergänzung der inneren den gottesdienstlichen Zwecken dienenden Einrichtung der Kirchen nicht nur in ihrem für diese Zwecke notwendigen, sondern auch in ihrem hergebrachten der allgemeinen Üblichkeit entsprechenden Umfange,[5]) sowie in gleicher Weise auch die Erhaltung der vorhandenen Pertinenzen[6]), sollten dieselben auch für die bestimmungsmäßigen Zwecke

---

[4]) Deklarator-Verordnung vom 21. April 1832 § 10 (Raabe IV. S. 141). Ein Allerhöchstes Reskript vom 18. November 1872 (bei Balck Nr. 698) bestimmt zur Beseitigung aufgekommener Zweifel über den § 2 der Verordnung vom 29. Juni 1869, betr. die Beteiligung der Gemeinden im Domanium an den Ortsschulen, daß alle Baulichkeiten und Ländereien bei Küster- und Organistenstellen des Domaniums, insoweit nicht der Küsterdienst einer Schulstelle nachträglich oder nur zeitweilig beigelegt ist, zum Kirchenvermögen gehören sollen, jedoch unter Aufrechterhaltung der baulichen Verpflichtungen der Schulgemeinden. Dieses Reskript läßt also den durch die Deklarator-Verordnung vom 21. April 1832 begründeten Rechtszustand unberührt.

[5]) Hieher gehören die Altäre, Kanzeln, Taufsteine und Orgeln, insoweit letztere vorhanden. Nach einem Kammerreskript vom 5. März 1856 bei Balck Nr. 282 (vgl. übrigens daselbst Nr. 248 und 249) soll nur die bauliche Einrichtung des Taufsteins, nicht dagegen auch das Taufbecken, auch wenn dasselbe in der Kirche auf einem Postament, Stein 2c. befestigt ist, Gegenstand der subsidiären Baulast sein. Richtiger dürfte der gesamte Taufapparat, wenn nicht als Teil der Kirche, so doch als Pertinenz derselben anzusehen sein und daher in allen seinen Teilen der kirchlichen Baulast unterliegen. Bezüglich der Orgeln vgl. Balck Nr. 60, 70, 243 und über den Umfang der inneren Kircheneinrichtung überhaupt Richter-Dove, Lehrbuch des Kirchenrechts, 8. Aufl., S. 1359 Note 27.

[6]) zu diesen sind zu rechnen die Kirchen- und Beichtstühle, soweit sie

des Kirchengebäudes nicht unbedingt erforderlich sein.[7]) Dagegen erstreckt sich die kirchliche Baulast nicht auf die zur gottesdienstlichen Benutzung bestimmten Gerätschaften, welche als Pertinenzen des Kirchengebäudes nicht angesehen werden können,[8]) und auf die nur zum Schmuck der Kirche dienenden Gegenstände, welche eine gottesdienstliche Bestimmung nicht haben.[9])

Für die Art der Ausführung der erforderlichen Reparaturen und Ergänzungen an den kirchlichen Gebäuden und deren Pertinenzen im einzelnen Falle ist der Grundsatz maßgebend, daß der Kirche eine ihrem heiligen Zwecke, wie der hergebrachten Üblichkeit entsprechende würdige Ausstattung unter allen Umständen zu erhalten ist, daß dagegen mit erheblichen Mehrkosten verbundene künstlerische Arbeiten[10]) zwar unter Umständen aus dem Ärar einer vermögenden Kirche bestritten, niemals aber den zur subsidiären Baulast Verpflichteten wider ihren Willen zur Last gelegt werden dürfen.

Einer näheren Untersuchung bedarf endlich noch die Frage, inwieweit die kirchliche Baulast sich auf die Erhaltung der Kirchhöfe erstreckt.

Weder das gemeine noch das mecklenburgische Recht kennt eine rechtliche Verpflichtung der Kirche, für das Vorhandensein ausreichender Begräbnisplätze zu sorgen oder alle thatsächlich vor-

---

nicht Bestandteile des Kirchengebäudes sind, ferner Kronleuchter, Glocken und Glockentürme (vgl. über letztere Balck Nr. 58, 60, 70, 129 a, 307 sub 17, 1082 und aus der neuesten Zeit Urteil des Oberlandesgerichts vom 23. Juni 1887 zu Fa. 60).

[7]) so mit Recht Richter-Dove a. a. O. S. 1360, von Schulte, Lehrbuch des Kirchenrechts, 4. Aufl., S. 511. Daher unterliegen insbesondere die vorhandenen Kirchenuhren der kirchlichen Baulast (siehe über diese Balck Nr. 30, 60, 129 a, 1130 a, letztere beiden Reskripte allerdings zweifelnd).

[8]) Kelch, Patene, Kruzifixe (vgl. Balck Nr. 857), Altarleuchter, Altardecke.

[9]) Bilder, Grabdenkmäler. Letztere können möglicherweise als Bestandteile des Kirchengebäudes selbst in betracht kommen und sind alsdann aus dem im Text zur folgenden Note ausgeführten Gesichtspunkt zu behandeln.

[10]) z. B. die von Richter-Dove a. a. O. S. 1360 erwähnte Wiederherstellung alter Freskomalereien.



handenen Gottesäcker zu erhalten.[11]) Jene Sorge liegt vielmehr aus allgemeinen Gründen der Wohlfahrts- und Gesundheitspolizei den Obrigkeiten, bezw. der politischen Gemeinde ob, wie dies auch in der einheimischen Gesetzgebung anerkannt ist.[12]) Was dagegen die vorhandenen Kirchhöfe betrifft, so können die gesetzlichen Normen über die Kirchenbaulast auf dieselben nur insoweit angewandt werden, als sie Pertinenzen der Kirche bilden, insbesondere gehören sie nur unter dieser Voraussetzung dem Anwendungsgebiet der Verordnung vom 27. Dezember 1824 an.

Für das gemeine Recht herrscht auf Grund des cap. unic. de consecrat. in VI° 3, 21 Einverständnis darüber, daß diejenigen Kirchhöfe, welche das Kirchengebäude unmittelbar umgeben, kraft rechtlicher Vermutung als Pertinenzen des letzteren anzusehen sind,[13]) und es besteht auch darüber kein Streit, daß durch die Pertinenzqualität dieser Kirchhöfe, welche vermöge ihres räumlichen Zusammenhangs mit dem Kirchengebäude zugleich als Vorhöfe für das letztere dienen, eine Verpflichtung des Kirchenärars begründet wird, dieselben in dem von der kirchlichen Ordnung und dem kirchlichen Anstande erforderten Zustand zu erhalten.[14])

In Mecklenburg wurde früher auf Grund der Bestimmungen der revidierten Kirchenordnung von 1650 fol. 141 i. f. und fol. 242 angenommen, daß die Verbindlichkeit zur Errichtung wie zur Erhaltung der Kirchhöfe allgemein nicht dem Kirchen-

---

[11]) Dieser Satz ist näher begründet in dem Urteil des Oberappellationsgerichts vom 26. Januar 1860 bei Buchka und Budde IV. S. 298 ff. Übereinstimmend Schreiben des Oberkirchenrats vom 19. März 1877 bei Balck Nr. 962 sub c.

[12]) Revidierte Gemeindeordnung für die Domanialortschaften vom 29. Juni 1869 § 6 Nr. 7. Über die Tragweite dieser Bestimmung vgl. ferner Reskripte bei Balck Nr. 946 und 996.

[13]) Richter-Dove a. a. O. S. 1360, von Schulte a. a. O. S. 511, Friedberg, Lehrbuch des Kirchenrechts, 2. Aufl., S. 413 N. 14, neuestens Vorstorff in Dove's Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. XXI. S. 259.

[14]) so das in der Note 11 angeführte Urteil des Oberappellationsgerichts S. 302.

ärar, bezw. den an Stelle desselben zur kirchlichen Baulast subsidiär Verpflichteten, sondern lediglich der politischen Gemeinde obliege.[15]) Dieser Auffassung trat jedoch das Oberappellationsgericht in dem Note 11 erwähnten Urteil entgegen. In diesem Urteil wird dargelegt, daß die letztgenannte der angezogenen Stellen der revidierten Kirchenordnung nur die Auflage an die Kirchenvorsteher enthalte, die Eingepfarrten da, wo denselben die Befriedigung der Kirchhöfe obliege, zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit anzuhalten, während die erstere Stelle den Kirchenvisitatoren eine Anweisung zur Herstellung eines sicheren Rechtszustandes in bezug auf die Verteilung der als vorhanden vorausgesetzten Baupflicht der Dorfschaften erteile. Das Urteil kommt hiernach zu dem Resultate, daß die Baulast der die Kirchen umgebenden Kirchhöfe auf Grund der Verordnung vom 27. Dezember 1824, bezw. des § 499 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs zu regulieren sei.

Der in diesem Urteile vertretene Rechtsstandpunkt wurde in der Folge auch von den einheimischen Verwaltungsbehörden adoptiert. Das in der Note 15 genannte Cirkular des Kammer- und Forst-Kollegii wurde durch Cirkular derselben Behörde vom 15. Oktober 1877[16]) aufgehoben und in dem letzteren die Verpflichtung des Ärars, bezw. des Patrons und der Eingepfarrten zur Erhaltung und Wiederherstellung der Befriedigungen solcher Begräbnisstellen, welche die Kirche umgeben und daher Pertinenzen derselben seien, in Gemäßheit der Verordnung vom 27. Dezember 1824 ausdrücklich anerkannt. Diese Rechtsauffassung

[15]) Kammercirkular vom 29. Mai 1852 (bei Raabe V. S. 1084), welches von der Auffassung ausgeht, daß die Begräbnisplätze überall nicht dem Gottesdienste gewidmet, sondern als geweihte Plätze für die Beerdigung der Verstorbenen nur so lange sie zu diesem Zwecke dienen, unter die Aufsicht der Geistlichkeit gestellt sind. Auf demselben Standpunkt steht das Reskript des Finanzministerii vom 10. September 1853 bei Balck Nr. 225, welches für die Erhaltung eines Kirchenplatzes die Vorschriften der Verordnung vom 27. Dezember 1824 als anwendbar erachtet, weil derselbe nicht mehr als Begräbnisort benutzt und nicht mehr als alter Kirchhof betrachtet werde. Vgl. Böhlau, Mecklenburg. Landrecht III. S. 78 Note 1.

[16]) Balck Nr. 996.

vertritt auch ein Schreiben des Oberkirchenrats an das Ministerium Abteilung für geistliche Angelegenheiten vom 19. März 1877.[17])

Auch für das einheimische Recht ist daher gegenwärtig die Pertinenzqualität der die Kirchengebäude umgebenden Kirchhöfe und die Unterstellung derselben unter die allgemeinen Normen über die Tragung der Kirchenbaulast anerkannt, und es steht dieser Annahme auch der § IV der Verordnung vom 25. Januar 1811[18]) nicht entgegen, durch welchen den katholischen Einwohnern Mecklenburgs die öffentliche Beerdigung ihrer Glaubensgenossen nach den Gebräuchen ihrer Kirche auf dem Kirchhof einer jeden Stadt- und Landgemeinde gestattet wurde, da diese Bestimmung den Katholiken nur ein Gastrecht auf den Kirchhöfen der lutherischen Landeskirche gewährt, die für die kirchliche Baulast in betracht kommenden Rechtsverhältnisse aber nicht berührt.

Daß auch die nicht unmittelbar mit den Kirchengebäuden verbundenen Friedhöfe (Fernkirchhöfe) wenigstens im Zweifel als Pertinenzen der ersteren anzusehen sind, wird von Mejer[19]) unter Berufung auf die gemeine Meinung in Anschluß an cap. unic. de consecrat. in VI° 3, 21 und c. 19 C. 13 qu. 2 gelehrt, während andere Kirchenrechtslehrer[20]) diese Vermutung auf den die Kirche umgebenden Kirchhof beschränken. Der Ansicht Mejer's ist neuerdings Vorstorff[21]) entgegengetreten, welcher sich bezüglich der Fernkirchhöfe der Lehre J. H. Böhmer's anschließt, nach der dieselben als res universitatis von der politischen Gemeinde zu unterhalten sind, vorbehältlich einer

---

17) Balck Nr. 962.

18) Raabe IV. S. 95, vgl. auch das landesherrliche Reskript vom 24. Juni 1865 bei Gösch und von Düring, Mecklenburg. Schwerinsches Landesstrafrecht S. 43.

19) a. a. O. S. 415 Note 10.

20) von Schulte a. a. O. S. 511, Richter-Dove a. a. O. S. 1360, welcher letztere jedoch annimmt, daß eine Vermutung dafür spreche, daß der abgesondert liegende Kirchhof im kirchlichen Eigentum stehe.

21) in Dove's Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. XXI. S. 258 ff., Bd. XXII. S. 127 ff.

abweichenden Regelung durch spezielle Rechtstitel im einzelnen Fall.

Den Ausführungen Borstorff's ist darin beizutreten, daß sich aus den angeführten Gesetzesstellen die Pertinenzqualität der Fernkirchhöfe nicht herleiten läßt, und daß auch eine Vermutung für das Eigentum der Kirche an diesen Kirchhöfen gesetzlich nicht besteht. Ebensowenig kennt das mecklenburgische Recht eine derartige gesetzliche Vermutung, und es wird daher die Kirche, welche Eigentumsrechte an einem Fernkirchhof geltend macht, im Bestreitungsfall den Rechtstitel zu beweisen haben, aus welchem sie ihre Ansprüche auf den Kirchhof herleitet.[22]) Ist aber die Kirche Eigentümerin eines Fernkirchhofs, so ist auch für diesen nach heutigem Recht die Eigenschaft einer Pertinenz des Kirchengebäudes in Anspruch zu nehmen.

Für die Frage, ob eine Sache — bewegliche oder unbewegliche — als Pertinenz einer anderen anzusehen ist, entscheidet die heutige Verkehrsauffassung,[23]) und kommt es auf die räumliche Verbindung zwischen Haupt- und Nebensache nicht unbedingt an. Es kann daher die Pertinenzqualität der Fernkirchhöfe nicht aus dem Grunde geleugnet werden, weil dieselbe im kanonischen Recht nicht anerkannt ist, vielmehr ist der entscheidende Punkt lediglich der, ob die Letzteren in einem solchen Verhältnis zum Kirchengebäude stehen, daß sie nach den heute herrschenden Anschauungen als zu dem letzteren gehörig anzusehen sind, und diese Frage ist zu bejahen.

Die ursprünglich nur als Liebespflicht aufgefaßte Beteiligung der Kirche bei der Beerdigung ihrer Angehörigen hat sich im Laufe der Zeit zu einem Parochialrecht der einzelnen Pfarrkirche entwickelt, kraft dessen freilich die letztere nicht einen ausschließlichen Anspruch auf die Beerdigung ihrer Gemeindeangehörigen auf ihrem Gemeindekirchhof erheben kann, welches aber doch in dem Anspruch auf die sog. quarta funeraria von allem

---

[22]) übereinstimmend das oben zur Note 17 erwähnte Schreiben des Oberkirchenrats.

[23]) Windscheid, Pandekten I. § 143.

demjenigen, was der Verstorbene der fremden von ihm zur Beerdigung gewählten Pfarrkirche hinterlassen hatte, sowie in dem Forderungsrecht auf Herausgabe des widerrechtlich bei einer fremden Pfarrkirche bestatteten Leibes sich wirksam erwies.[24]) Diesem Parochialrecht der Pfarrkirche entspricht die Verpflichtung der letzteren zur Beerdigung der Gemeindeglieder auf dem ihr gehörigen Pfarrkirchhof, eine Verpflichtung, welche bei dem Vorhandensein eines der politischen Gemeinde gehörenden Friedhofs in der Teilnahme an der Beerdigung ihrer Glieder auf dem letzteren, falls nicht besondere Gründe entgegenstehen und die Einrichtung des Gemeindefriedhofs überhaupt ihr die Beteiligung an den dort stattfindenden Beerdigungen gestattet, zum Ausdruck kommt.[25])

Hieraus folgt, daß die Kirche zwar eines eigenen Kirchhofs zur Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben an ihren Gemeindegliedern nicht unbedingt bedarf, daß aber andererseits ein thatsächlich vorhandener Kirchhof, welcher im kirchlichen Eigentum steht, einem wesentlichen Zwecke der kirchlichen Anstalt dient, und da die letztere in dem Kirchengebäude ihre äußere Verkörperung findet, so sind für die der Kirche gehörenden Kirchhöfe, mögen sie nun mit dem Kirchengebäude in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang stehen oder nicht, alle diejenigen Voraussetzungen gegeben, welche sie als Zubehörungen der letzteren nach dem bürgerlichen Recht erscheinen lassen. Es ergiebt sich sonach das Resultat, daß auch die Unterhaltung der im Eigentum der Kirche stehenden Fernkirchhöfe nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die kirchliche Baulast zu regeln ist.[26])

---

[24]) vgl. das in der Note 11 angeführte Urteil des Oberappellationsgerichts S. 299, ferner Richter-Dove S. 1215, Friedberg S. 188.

[25]) vgl. das in der Note 17 erwähnte Schreiben des Oberkirchenrats sub D.

[26]) Die Pertinenzqualität der der Kirche gehörenden Fernkirchhöfe wird geleugnet — übrigens ohne nähere Motivierung — in dem Note 17 erwähnten Schreiben des Oberkirchenrats sub A, sowie in dem Note 16 erwähnten Kammercirkular.

§ 3.
Die Kirchenfabrik als Trägerin der prinzipalen kirchlichen Baulast und ihre Vertretung durch den Patron.

Die Pflicht zur Erhaltung und im Bedürfnisfalle zur Neuerrichtung der kirchlichen Gebäude in dem oben erörterten Umfange ruht, abgesehen von der hier nicht weiter interessierenden Pflicht der Benefiziaten zur Tragung der kleineren Reparaturen an den ihnen zur Benutzung überwiesenen kirchlichen Gebäuden, nach allgemeiner auch in Mecklenburg feststehender Rechtsregel in erster Linie auf dem Kirchenvermögen, und zwar auf dem unter der Bezeichnung „Fabrikgut", bezw. „Ärar" zusammengefaßten Teile desselben als dem zur Erhaltung der kirchlichen Anstalt und zur Bestreitung der für dieselbe erforderlichen sachlichen Ausgaben ausschließlich bestimmten Vermögenskomplex, als dessen Eigentümer nach einheimischer Auffassung die einzelne kirchliche Stiftung gilt, für deren Bedürfnis jenes Vermögen bestimmt ist.[1]) In gleicher Weise wie auf dem eigentlichen Fabrikgut ruht die kirchliche Baulast ferner auch auf der Kirchenökonomie, wenn auch letztere unter gesonderter Verwaltung steht, es müßte denn dieselbe stiftungsgemäß einem anderen Zwecke gewidmet sein.[2])

---

[1]) Nach der einheimischen Rechtsentwickelung ist nicht anzunehmen, daß das Kirchenärar für sich eine selbständige mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Stiftung bildet, wie dies mehrfach in anderen Ländern der Fall ist, vielmehr sind sowohl Benefizial- als Fabrikgut Teile des Vermögens der kirchlichen Anstalt, welche letztere als das alleinige Vermögenssubjekt jener einzelnen allerdings verschiedenen Zwecken dienenden Vermögensbestandteile erscheint. Vgl. Böhlau, Mecklenburg. Landrecht III. S. 76 und die Literaturangaben ebendaselbst Note 3, welchen hinzuzufügen ist Richter-Dove, Lehrbuch des Kirchenrechts, 8. Aufl., S. 1273. Aus dem Benefizialgut, welches zur ausschließlichen Nutzung des Pfründeninhabers bestimmt ist, hat der letztere zu kirchlichen Bauten, abgesehen von der im Text berührten Ausnahme, nichts beizutragen. (Buchka und Budde, Entscheidungen V. S. 390.) Die gleiche Befreiung genießt die Predigerwitwe (Budde, Entscheidungen IX. S. 230 ff.) und der Pfarrpächter (Buchka und Budde a. a. O.), dagegen nicht der Nutzeigentümer vererbpachteter Pfarrländereien, soweit sein Erbpachtkontrakt nichts anderes bestimmt (Balck Nr. 972).

[2]) Deklarator-Verordnung vom 21. April 1832 § 1 (Raabe IV. S. 138), vgl. unten § 7 Note 4.

Beim Vorhandensein einer Filialkirche verteilt sich, falls nicht für diese besondere auf Spezialtiteln beruhende Befreiungsgründe vorhanden sind, die Baulast rücksichtlich derjenigen Gebäude, welche zur gemeinsamen Benutzung der filia und der mater bestimmt sind,[3]) auf die Ärare der beiden Kirchen. Über die Höhe der von der Filialkirche zu diesen Kosten beizusteuernden Quote fehlt es an gesetzlichen Bestimmungen, dieselbe wird daher, soweit sie nicht durch Verträge oder Observanz geregelt ist, auf Grund der konkreten Verhältnisse im Einzelfalle nach Billigkeit festzusetzen sein.[4])

Aus dem Eigentumsverhältnis, in welchem das Fabrikgut zur kirchlichen Stiftung steht, kann indessen die Verpflichtung der letzteren zur Bestreitung der Erhaltungskosten der kirchlichen Gebäude aus jenem Teil ihres Vermögens nicht hergeleitet werden, da der Eigentümer als solcher zur Erhaltung und Besserung seiner Vermögensobjekte nach civilrechtlichen Grundsätzen wohl berechtigt, niemals aber auch verpflichtet ist.[5]) Jener Rechtssatz gründet sich vielmehr auf die Zweckbestimmung des Fabrikguts und hat daher die Bedeutung einer innerkirchlichen Verwaltungsnorm, welche die zur Verwaltung des Kirchenvermögens bestellten Organe verpflichtet, das ihnen unterstellte Vermögen dem stiftungsmäßigen Zwecke entsprechend zu verwenden.

Die Verwaltung und Leitung des geistlichen Bauwesens gehört in Mecklenburg nicht zu den Pflichten der zur Vertretung der Kirche im allgemeinen berufenen Organe (Prediger[6]), Kirchenökonomie, Provisoren, sodann Superintendenten und Kirchen-

---

[3]) Dahin gehören die Pfarr- und eventuell die Küstereigebäude, sowie das Predigerwitwenhaus. Mejer a. a. O. S. 433, Balck Nr. 84, 949, 1168 a.

[4]) In Mecklenburg-Strelitz wird die Verpflichtung der Filialkirchen, zu den Pfarr- und Küstereibauten der Mutterkirche eine Quote beizutragen, auf eine allgemeine Observanz zurückgeführt. Die Höhe dieser Quote richtet sich auch hier nach den konkreten Verhältnissen. Buchka und Budde, Entscheidungen II. S. 284.

[5]) vgl. Borstorff a. a. O. Bd. XXI. S. 264.

[6]) vgl. das Reskript (der Kammer?) vom 14. Mai 1841 bei Raabe IV. S. 176 Nr. 3204.

regiment), sondern steht dem Patron[7]) zu, welcher auf Grund der ihm obliegenden cura beneficii nicht nur die erforderlichen Bauten auszuführen, sondern auch die Ansprüche der Kirche gegen die zur Leistung von Beiträgen zu jenen Bauten Verpflichteten geltend zu machen und auf dem gesetzlich bestimmten Wege durchzuführen hat.[8]) Die Ausübung der Patronatsrechte des Landesherrn, welche demselben nicht nur im gesamten Domanium, sondern auch für einen nicht unbeträchtlichen Teil der im Gebiete der Ritter- und Landschaft belegenen Kirchen zustehen, ist den Domanialbeamten als Kirchenkommissarien über-

---

[7]) über den Patronat nach mecklenburgischem Recht siehe Böhlau, Mecklenburg. Landrecht III. S. 83.

[8]) Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 20. Januar 1876 zu Su. 1876: „wenn auch die Kirchenpatrone die unmittelbare Verwaltung des Kirchenvermögens nicht zu beanspruchen haben, so gebührt ihnen doch die cura beneficii nicht nur als ein Recht, sondern es liegt dieselbe ihnen auch als eine Pflicht ob. Diese in dem Recht und der Pflicht der Mitaufsicht begründete Sorge für das Kirchengut ergreift vorzugsweise die Erhaltung der kirchlichen Gebäude, und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß nach einheimischem Rechte die Patrone eine direkte Thätigkeit vorzugsweise nach dieser Richtung eintreten zu lassen haben. Schon die Verordnung an die Superintendenten vom 15. Mai 1694 — Parchimsche Gesetzsammlung Bd. II. S. 163 — verpflichtet sie sub VIII. und IX. dazu und droht ihnen für den Fall der Säumnis den Nachteil der Suppression, der Privierung an, die Resolut. ad grav. de 16. Juli 1701 belassen es ad Eccles. grav. membr. 6 ad 6 hiebei und der § 499 des landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs enthält in dieser Beziehung eine klare und nicht mißzudeutende Anerkennung. Die Verordnung vom 27. Dezember 1824 endlich hat hierin nichts geändert. Wenn dieselbe auch namentlich in ihren Detailbestimmungen vorzugsweise gesetzliche Vorschriften für den Fall geben will, wo die subsidiäre Beitragspflicht der Patrone und Eingepfarrten zur Frage steht, so läßt sie doch im § 1 ausdrücklich die Verpflichtungen der Patrone auch alsdann von Bestand, wenn eine prinzipale Verbindlichkeit zu Kirchenbauten auf der einen oder der anderen Seite besteht. Danach liegt in allen Fällen, wo Kirchen und kirchliche Gebäude zu bauen und zu bessern sind, den Patronen ob, dafür zu sorgen, daß dies geschehe. Wo sie allein dazu verpflichtet sind, haben sie ihre direkt dahin gehende Thätigkeit eintreten zu lassen — wo eine subsidiäre Beitragspflicht besteht, haben sie auf konstitutionsmäßigem Wege das Bedürfnis festzustellen und für die Herstellung des Baus zu sorgen, und wo eine prinzipale Verpflichtung der Eingepfarrten zur Frage steht, auf geeignetem Wege

tragen, unter deren Leitung die Kirchenvorsteher[9]) die Aufsicht über die Baulichkeiten im allgemeinen führen, die Ausführung der einzelnen Bauten und Reparaturen anschlagsmäßig nach den ihnen zu erteilenden Instruktionen anordnen und die ausführenden Handwerker und Dienstleistenden beaufsichtigen, während die Berechnung über die zur Ausführung gelangenden Bauten und Reparaturen den Berechnern der Kirchen-Ärarien und Ökonomieen obliegt.[10]) Die Beamten führen die ihnen übertragene Verwaltung unter Oberaufsicht der Großherzoglichen Kammer, welcher letzteren die Vertretung des landesherrlichen Patronats in Rechtsstreitigkeiten dieses Verwaltungszweiges zusteht.[11]).

Der nicht landesherrliche Patronat über die Kirchen in der Ritter- und Landschaft wird in den Städten von den Magistraten

---

es zu veranlassen, daß der nötige Bau nicht unterbleibe, sondern diese ihre Schuldigkeit thun. Erst wenn sie in allen diesen Beziehungen ihre Pflicht nicht erfüllen, ist es Sache des Kirchenregiments, gegen sie einzuschreiten, damit dem vorhandenen Bedürfnis genügt werde und kein Verfall der kirchlichen Gebäude eintrete, aber es liegt nicht in der Aufgabe des Kirchenregiments, vermöge seines Rechts der Oberaufsicht zunächst direkt dahin einzutreten, daß und wie ein erforderlicher Bau durch die zu demselben Verpflichteten in Angriff genommen und gefördert werde." Vgl. auch Verordnung vom 27. Dezember 1824 §§ 8 und 9 und die unten Note 10 erwähnte Instruktion § 1.

[9]) Vgl. über diese Böhlau a. a. O. S. 79. Die in der Note 10 erwähnte Instruktion nennt im § 1 neben den Kirchenvorstehern noch Provisoren, Struktuarien, Juraten und Gemeindebevollmächtigte.

[10]) Das Publikandum vom 16. September 1839 nebst Instruktion für den Betrieb des Bauwesens rücksichtlich der zu landesherrlichen Patronat-Kirchen, Pfarren und Küstereien gehörenden Gebäude (Raabe IV. S. 148 ff.) enthält detaillirte Bestimmungen über diesen Gegenstand.

[11]) Urteil des Oberlandesgerichts vom 5. November 1883 in der Mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. V. S. 145 und Verordnung vom 23. Mai 1879, betr. die gerichtliche Vertretung der landesherrlichen Behörden. Die Verordnung vom 4. April 1853, betr. die Organisation der Ministerien (Raabe V. S. 1122), hat zwar im § 6 sub E die Wahrnahme der landesherrlichen Patronatsrechte in bezug auf das Kirchen- und Pfarrvermögen dem Finanzministerium übertragen. Dieselbe bestimmt aber im § 6 cit. in fine, daß unter diesem Ministerium das Kammer- und Forst-Kollegium mit seinen bisherigen Geschäftsbefugnissen fortbestehen soll, hat also an der Kompetenz der letzteren Behörde auch in den hier zur Frage stehenden Beziehungen nichts geändert.

als den Obrigkeiten verwaltet, während er in der Ritterschaft eine Pertinenz der einzelnen Rittergüter bildet.[12]) Jedoch besteht eine rechtsnotwendige oder auch nur rechtlich zu vermutende Zugehörigkeit desselben zu allen zum Kirchspiel gehörenden Rittergütern keineswegs, er muß vielmehr für jedes einzelne Gut, für welches er beansprucht wird, besonders nachgewiesen werden.[13])

Ist der Patron in der Erfüllung der nach Vorstehendem ihm obliegenden Pflichten in bezug auf die Ausführung der geistlichen Bauten und die Geltendmachung der rücksichtlich derselben der Kirche zustehenden Rechte säumig, so schreitet das Kirchenregiment auf Grund des demselben zustehenden Oberaufsichtsrechts, eventuell im Wege der Klage gegen ihn ein.[14])

§ 4.
Die Träger der subsidiären Kirchenbaulast.

Reicht das Fabrikgut, bezw. die Kirchenökonomie nicht aus, um die zur Erhaltung, bezw. Erneuerung der kirchlichen Gebäude und deren Pertinenzen erforderlichen Kosten zu tragen, so tritt, wie dies von jeher im kirchlichen Rechte anerkannt war, die Verpflichtung der Kirchenglieder zur Bestreitung dieser Kosten ein. Das mecklenburgische Partikularrecht verweist aber die Kirche mit ihren Ansprüchen auf Suppeditierung jener Baukosten nicht unmittelbar an die einzelnen Gemeindeglieder, sondern bezeichnet bestimmte Organe als die Träger jener Verpflichtung und verteilt die Baulast auf diese Organe und die hinter denselben

---

[12]) Letzterer Rechtssatz gilt jetzt wohl ausnahmslos, wogegen in früheren Zeiten abweichende Verhältnisse vorkamen. In dem Urteil des Oberappellationsgerichts vom 29. Januar 1863 zu Ba. 988 ist die Rede von einem im Jahre 1822 der Landesherrschaft abgetretenen Patronat über die Kirche zu Basse, welche kein an einem bestimmten Gute haftendes Recht war, sondern der v. Moltke'schen Familie als solcher zustand, jedoch immer nur von einem in den hiesigen Landen angesessenen Mitgliede dieser Familie ausgeübt werden konnte.

[13]) Roth, Mecklenburgisches Lehnrecht S. 35 Nr. 3.

[14]) Vgl. das in der Note 8 abgedruckte Urteil am Ende, sowie Budde, Entscheidungen des Oberappellationsgerichts IX. S. 230.

stehende Gemeinde unter Berücksichtigung der verschiedenen staatsrechtlichen und privatrechtlichen Verhältnisse der einzelnen Landesteile.

Die Organe, welche zunächst verpflichtet sind, die subsidiäre kirchliche Baulast zu tragen, sind nach der Verordnung vom 27. Dezember 1824 der Patron und die Eingepfarrten, von welchen die letzteren wiederum berechtigt sind, zu bestimmten Leistungen in den unten näher zu erörternden Fällen die Gemeinde heranzuziehen.

Unter den „Eingepfarrten" sind, wie dies auch in der Verordnung vom 27. Dezember 1824 ausdrücklich hervorgehoben wird,[1]) einem althergebrachten Sprachgebrauch zufolge die zum Kirchspiel gehörigen Obrigkeiten in ihrer ständischen Gliederung zu verstehen, also im Domanium der Landesherr, dessen Rechte auch in dieser Beziehung durch die Domanialbeamten wahrgenommen werden,[2]) in den Städten und den Stadtgütern die Magistrate, in der Ritterschaft die Gutsbesitzer und in den Besitzungen der Landesklöster die Klosterämter.

Die Gemeinde ist hier nicht die politische, sondern die in Mecklenburg allerdings einer Organisation entbehrende kirchliche Gemeinde.[3])

Die Verpflichtung des Patrons, der Eingepfarrten und folgeweise auch der hinter den letzteren stehenden Gemeinde zur Übernahme der kirchlichen Baulast, welche in ihrem Umfange von dem jeweiligen Bedürfnis des einzelnen Falles abhängt, ist nach dem Recht der Verordnung vom 27. Dezember 1824 in doppelter Beziehung eine subsidiäre. Dieselben sind zunächst nur zu denjenigen Leistungen verpflichtet, welche rechtlich dem Fabrikgut obliegen, nicht aber zu denjenigen, welche die Kirche

---

[1]) Vgl. die §§ 7 und 11 der Verordnung, ferner Böhlau, Meckl. Landrecht III. S. 68 und 86, und Budde, Entscheidungen VIII. S. 250.

[2]) Publikandum vom 16. September 1839 § 1.

[3]) Die Kosten der kirchlichen Bauten im Domanium sind daher auch nicht aus den Kassen der auf Grund der Revidierten Gemeindeordnung vom 29. Juni 1869 organisierten Domanialgemeinden zu bestreiten, Balck Nr. 1010.



auf Grund besonderer Titel (gesetzliche Bestimmungen, Observanzen, Verträge) als prinzipale Leistungen von anderen zu beanspruchen hat, und sie sind zu jenen Leistungen im einzelnen Falle nur dann und nur insoweit verpflichtet, als das Fabrikgut unvermögend ist, dieselben zu tragen.

In ersterer Beziehung wird also die oben als innerkirchliche Verwaltungsnorm charakterisierte Verpflichtung des Fabrikguts zur Bestreitung der kirchlichen Baulast für den Fall der Insuffizienz desselben zur rechtlichen Voraussetzung für die Begründung der subsidiären Verpflichtung der genannten Organe, für deren Inhalt eben jene Verpflichtung des Fabrikguts maßgebend ist.[4]) Hieraus ergiebt sich jedoch, daß die Beschränkung jener subsidiären Leistungspflicht durch das Vorhandensein anderer zu prinzipalen Leistungen Verpflichteter keine unbedingte ist. Vergrößert sich der Umfang der der Kirche obliegenden Baulast dadurch, daß die Ansprüche, welche der letzteren aus Spezialrechtstiteln gegen Dritte auf prinzipale Übernahme der Baukosten zustehen, thatsächlich nicht realisierbar sind, so tritt damit auch eine entsprechende Vergrößerung der subsidiären Baupflicht ein.

Die subsidiäre Baupflicht des Patrons und der Eingepfarr-

---

[4]) In prozessualischer Hinsicht bildet die Verpflichtung des Fabrikguts und demgemäß auch die subsidiäre Verpflichtung des Patrons und der Eingepfarrten zur Tragung der Baulast die allgemeine Regel, welche den Anspruch der Kirche auf Suppeditierung der Baukosten bei Insuffizienz des Ärars ohne weiteres begründet, ohne daß von ihrer Seite die Abwesenheit besonderer die Verpflichtung des Fabrikguts beschränkender Rechtstitel nachgewiesen zu werden braucht. Letztere sind vielmehr von jenen der Kirche zur Tragung der Baulast verpflichteten Organen im Wege der Einrede vorzubringen und eventuell zu beweisen (wogegen die Behauptung, daß die Ansprüche der Kirche aus Spezialrechtstiteln auf prinzipale Übernahme der Baulast nicht exequierbar seien, jener Einrede gegenüber den Gegenstand einer Replik bildet). Wenn der § 15 des Publikandums vom 16. September 1839 (vgl. oben § 3 Note 10) den Großherzoglichen Beamten zunächst die Ermittelung etwaiger Spezialnormen bei Regulierung der kirchlichen Baulast vorschreibt, so bezieht sich diese Bestimmung nur auf die administrative Behandlung der Sache. Diese Sätze sind ausgesprochen in dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 7. November 1850 zu Do. 229.

ten hat ferner die allgemeine Pflicht der Kirchenglieder, nach ihrem Vermögen für die Erhaltung der kirchlichen Anstalt auch nach ihrer äußeren Seite hin bei stiftungsgemäßem Bestande Sorge zu tragen, zur Grundlage. Das Unvermögen des Kirchenärars, welches die weitere Voraussetzung jener Baupflicht bildet, darf daher nicht erst dann als vorhanden angenommen werden, wenn dasselbe überhaupt mittellos ist, vielmehr ist auf die subsidiäre Baupflicht auch schon dann zurückzugreifen, wenn und insoweit die Einkünfte des Fabrikguts nicht ausreichen, um neben den dem letzteren im übrigen rechtlich obliegenden Ausgaben auch noch die Kosten der Kirchenbauten zu tragen, da nur unter dieser Voraussetzung die Konservierung der kirchlichen Stiftung in ihrem äußeren Bestande möglich ist. Dieser bereits durch Erwägungen allgemeiner Natur begründete Satz[5]) ist auch in der einheimischen Gesetzgebung anerkannt, in welcher er dahin formuliert ist,[6]) daß das Unvermögen der Kirche und die davon abhängende gesetzliche Beitragspflicht der Patrone und Eingepfarrten eintreten soll, wenn eine Kirche von den Einkünften aus Kapitalien und liegenden Gründen, sowie aus den sonstigen Hebungen, sie mögen im eigentlichen Kirchen- oder im Ökonomieregister berechnet werden, nach Abzug ihrer notwendigen in beiden Registern vorkommenden Ausgaben, welche ohne Gefahr für ihren Bestand nicht unterbleiben können, nicht so viel übrig behält, um von solchem Überschuß die erforderlichen Bauten ganz oder zum Teil bestreiten zu können.[7]) Der Vermögensstock des

---

[5]) vgl. u. a. Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten T. II. Tit. 11 §§ 712, 713.

[6]) Deklaratorverordnung vom 21. April 1832 § 2. Wenn die Verordnung hier und an anderen Stellen von dem Unvermögen, bezw. von Vermögensstücken der Kirche schlechthin spricht, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß darunter nur das Fabrikgut derselben (einschließlich der Kirchenökonomie) zu verstehen ist.

[7]) Diese Bestimmung ist in dem folgenden § 3 der Deklaratorverordnung noch näher dahin erläutert, daß unter solchen Ausgaben immer nur so geeigenschaftete zu verstehen sind, ohne welche das Institut der Kirche nicht bestehen kann, zu dessen Erhaltung sie also wesentlich gehören. Es sollen daher alle Ausgaben an Personen, die kein kirchliches Amt bekleiden und

Fabrikguts darf also hiernach in dem hervorgehobenen Umfange zu Bauzwecken nicht angegriffen werden. Dagegen ist die Einziehung des Kapitalvermögens und der Verkauf von Grundstücken des Ärars, deren Einkünfte zur Deckung jener notwendigen Ausgaben nicht erforderlich sind, zum Zweck der Bestreitung von Ausgaben für kirchliche Bauten für zulässig erklärt, wiewohl nur nach zuvor eingeholter landesherrlicher und oberbischöflicher Genehmigung.[8]) Ferner ist, und zwar ohne Rücksicht auf die notwendigen Ausgaben in dem hervorgehobenen Sinne[9]) die

---

denen die Kirche auch aus anderen Verhältnissen nicht verpflichtet ist, sowie für Sachen, deren sie nicht bedarf, davon ausgeschlossen bleiben, und es soll für Ansprüche dritter Personen, deren Fundament zweifelhaft ist, wenn sie wohlerworben vorliegen, auf anderweitige Befriedigung als aus dem Kirchenvermögen Bedacht genommen werden. Die letzteren Exemplifikationen sind nicht glücklich gewählt, zum mindesten nicht glücklich formuliert, insbesondere bleibt es dunkel, was die Verordnung unter Ansprüchen, deren Fundament zweifelhaft ist und welche doch wohlerworben vorliegen, hat verstehen wollen. In den ständischen Verhandlungen ist darauf hingewiesen, daß das Gehalt der Kirchensekretäre nicht aus den Äraren der Kirchen, sondern von dem Konstituenten derselben, d. h. von dem Landesherrn, zu zahlen sei. Dies ist unzweifelhaft richtig, da die Kirchensekretäre nicht Angestellte der Kirchen, sondern kirchenregimentliche Beamte sind. Im übrigen ist davon auszugehen, daß zu denjenigen Ausgaben, welche ohne Gefahr für den Bestand der Kirche nicht unterbleiben können und demgemäß nach dem § 2 der Deklaratorverordnung, welcher den abstrakten Rechtssatz ausspricht, zu den notwendigen gehören, alle diejenigen zu rechnen sind, mit welchen das Kirchenvermögen auf Grund eines die Kirche in gültiger Weise verpflichtenden Rechtstitels belastet ist, da alle diese Schulden, wenn Mittel zu ihrer Tilgung nicht vorhanden sind, den Ruin der kirchlichen Stiftung in größerem oder geringerem Maße herbeiführen können. Ob die Kontrahierung dieser Schulden unumgänglich nötig war oder bei ordnungsmäßiger Verwaltung des Kirchenvermögens hätte unterbleiben können, bezw. hätte unterbleiben müssen, ist, sobald dieselben einmal in einer für die Kirche verbindlichen Weise entstanden sind, für die hier vorliegende Frage gleichgültig. Den Bestimmungen des § 3 der Deklaratorverordnung kann daher nur die Bedeutung einer Direktive für die in Gemäßheit der §§ 4 ff. unter Zuziehung der Eingepfarrten zu formierenden Ausgabeetats beigemessen werden.

[8]) Deklaratorverordnung vom 21. April 1832 § 8.

[9]) Dies rechtfertigt sich durch allgemeine Grundsätze einer geordneten Verwaltung.

ebenfalls zum Kirchenvermögen gehörende Aufkunft aus dem nicht mehr verwendbaren alten Material reparierter oder abgebrochener Kirchengebäude allemal wieder zur Bestreitung der Kosten der Reparaturen, bezw. der neu zu errichtenden Gebäude zu verwenden, falls sich nicht Patron und Eingepfarrte mit einer anderweitigen Benutzung dieser Gelder ausdrücklich einverstanden erklären.[10])

Nach dem Ausgeführten haben die zur Tragung der Baulast subsidiär Verpflichteten ein nahe liegendes Interesse daran, daß das vorhandene Kirchenvermögen, welches sie für den Fall der Unzuträglichkeit desselben durch Hilfsbeiträge zu ergänzen verbunden sind, in haushälterischer und sparsamer Weise verwaltet werde, und daß insbesondere auch die von ihnen geleisteten Beiträge eine zweckentsprechende Verwendung erhalten. Dieses Interesse findet für den Patron seine ausreichende Berücksichtigung in der rechtlichen Stellung desselben in bezug auf die Verwaltung des Kirchenvermögens überhaupt und auf die Ausführung der kirchlichen Bauten insbesondere.[11]) Aber auch dem Interesse der Eingepfarrten haben die Verordnungen vom 27. Dezember 1824 und 21. April 1832 Rechnung getragen und denselben einen Einfluß nicht nur auf die Verwaltung des Kirchenvermögens im allgemeinen, sondern auch im Einzelfalle auf die Feststellung des Bedürfnisses und der näheren Modalitäten des Baus, sowie auf die Ausführung des letzteren zu der Rechts-

---

[10]) Übereinstimmend das Reskript des Oberkirchenrats vom 29. März 1878 bei Balck Nr. 1027, wogegen die Regiminalverordnung vom 15. März 1836 (Balck Nr. 39) und die Kammerreskripte vom 9. Oktober 1866 (Balck Nr. 452) und vom 17. Dezember 1875 (Balck Nr. 892) die Aufkunft aus dem Abbruch dem Patron, das Kammerreskript vom 27. April 1876 (Balck Nr. 913) die Aufkunft aus dem alten Dachstroh den Eingepfarrten nach Verhältnis der geschehenen Lieferung zuspricht. Nach einem Kammercirkular vom 26. Januar 1842 (bei Raabe IV. S. 176 Nr. 3205, vgl. die Cirkulare derselben Behörde bei Balck Nr. 864 und 925) soll die Abbruchsaufkunft nicht mehr wie früher zur geistlichen Baurechnung, sondern zur Amtsgeldrechnung berechnet werden.

[11]) Vgl. in ersterer Beziehung Böhlau, Mecklenburg. Landrecht III. S. 84, in letzterer oben § 3.

wirkung eingeräumt, daß die subsidiarischen Beiträge nur dann von ihnen beansprucht werden dürfen, wenn den in dieser Beziehung bestehenden Rechtsvorschriften Genüge geleistet ist.

Die Garantien, welche die Gesetze den Eingepfarrten in den hervorgehobenen Richtungen gewähren, sind im einzelnen die folgenden:

1. Die Eingepfarrten haben das Recht, die von den Predigern, bezw. den Kirchenprovisoren geführten Kirchenrechnungen und zwar sowohl die Rechnung der Ökonomie als die eigentliche Ärarrechnung einzusehen und mit ihren Monituren bezüglich derselben gehört zu werden.[12])

Mehrere zu demselben Kirchspiel gehörige Eingepfarrte aus der Ritter- und Landschaft üben dies Recht durch einen Bevollmächtigten aus, welcher entweder der betreffenden Kirchengemeinde angehören oder Ständemitglied sein muß.[13]) Diese Befugnis der Eingepfarrten fällt weg bei denjenigen Kirchen, deren Patrone den ersteren gegenüber die Erklärung abgeben, daß sie für ihre Kirchen von den Bestimmungen der Verordnung vom 27. Dezember 1824 keinen Gebrauch machen und nie einen Beitrag von den Eingepfarrten zu den kirchlichen Bauten verlangen, sondern als Patrone stets selbst zu denselben allein verpflichtet sein wollen, insoweit das Kirchenärar nicht ausreicht.[14])

2. Ferner ist bei allen Kirchen, für welche subsidiäre Bauleistungen von den Eingepfarrten beansprucht werden, von dem

---

[12]) Verordnung vom 27. Dezember 1829 § 12, Deklaratorverordnung vom 21. April 1832 § 9, Böhlau, Mecklenburg. Landrecht III. S. 87 Nr. 2, woselbst die näheren Modalitäten über die Ausübung dieses Inspektions- und Revisionsrechts ausgeführt sind.

[13]) Deklaratorverordnung vom 21. April 1832 § 9 Abs. 2 und § 4. Hiernach ist zu berichtigen Böhlau a. a. O., welcher angiebt, der Bevollmächtigte müsse Ständemitglied sein, wenn auch nicht der betreffenden Kirchengemeinde angehörig. Ist der Landesherr (für Domanialortschaften) Eingepfarrter einer unter ständischem Patronat stehenden Kirche, so wird er, wie bereits oben § 4 Note 2 erwähnt, durch seine Beamte vertreten.

[14]) Die Verordnung vom 27. Dezember 1824 § 12 Abs. 2 bestimmt, daß diese Erklärung binnen Jahresfrist nach Publikation dieser Verordnung abgegeben werden müsse. Da jedoch die Deklaratorverordnung § 4 Abs. 3

Patron unter Zuziehung der letzteren in einer gemeinsamen Konferenz ein Ausgabeetat zu formieren, welcher sich sowohl auf das Ärar als auch auf die Ökonomie bezieht.[15]) In diesem Ausgabeetat, dessen Feststellung im Wege der Vereinbarung zwischen dem Patron und den auf der Konferenz vertretenen Eingepfarrten erfolgt, sind alle zur Bestreitung der notwendigen Ausgaben in dem oben erörterten Sinne erforderlichen Ausgabeposten aufzunehmen. Die Konferenz ist vierzehn Tage vorher durch den Patron auszuschreiben und von den ständischen Eingepfarrten in Person oder durch Bevollmächtigte, welche wiederum nur aus Mitgliedern der Gemeinde gewählt werden dürfen, falls sie nicht der Ritter- oder Landschaft angehören, zu beziehen. Die nicht vertretenen Eingepfarrten sind, falls sie ordnungsmäßig zur Konferenz geladen waren, an die von den Anwesenden gefaßten Beschlüsse gebunden. Ist eine Vereinbarung unter den Mitgliedern der Konferenz nicht zu erreichen, so ist landesherrliche Entscheidung über die Differenzpunkte nachzusuchen.

Der in dieser Weise aufgestellte Ausgabeetat hat die Rechtswirkung, daß nur die in demselben aufgenommenen Posten den Ausgaben für geistliche Bauten vorgehen dürfen. Derselbe ist von zehn zu zehn Jahren in derselben Weise, wie er ursprünglich formiert wurde, durch den Patron und die Eingepfarrten zu revidieren, falls sich nicht schon früher ein Bedürfnis zur Abänderung oder Erweiterung herausstellt.

Auch das Recht der Teilnahme der Eingepfarrten an der Aufstellung dieses Ausgabeetats fällt fort, wenn der Patron auf die Beihülfe derselben zu den kirchlichen Bauten verzichtet.

3. Endlich kann auch in jedem einzelnen Falle die Beitrags-

---

den Wegfall des im Text unten sub 2 erwähnten Rechts der Eingepfarrten von einem gleichen Verzicht des Patrons ohne Zeitbeschränkung abhängig macht, so ist auch im vorliegenden Fall ein später ausgesprochener Verzicht noch als zulässig anzusehen. Übereinstimmend Böhlau a. a. O. S. 86 Note 62.

[15]) Deklaratorverordnung vom 21. April 1832 §§ 4 und 6; Cirkularverordnung vom 30. Mai 1832 (Raabe IV. S. 142). Böhlau a. a. O. S. 87 sub 1.



pflicht der Eingepfarrten zu den kirchlichen Bauten, und zwar ohne Unterschied, ob es sich um die subsidiäre oder eine prinzipale (auf besonderen Rechtsgründen beruhende) Beitragspflicht handelt,[16]) von dem Patron nicht eher geltend gemacht werden, bevor denselben in einer Konferenz die Notwendigkeit des Baus, sowie der Umfang und die Art und Weise der beabsichtigten Ausführung desselben an der Hand der Anschläge einerseits und das Unvermögen des Ärars auf Grund des Ausgabeetats andererseits nachgewiesen ist.[17]) Auch hier sind die weder in Person anwesenden, noch durch Bevollmächtigte vertretenen Eingepfarrten, welchen spätestens vierzehn Tage vorher die Einladung seitens des Patrons zugegangen war, an die durch Übereinstimmung aller Anwesenden gefaßten Beschlüsse gebunden. Jedoch tritt dieser Nachteil nur bezüglich derjenigen Beschlüsse ein, welche auf der Konferenz selbst gefaßt werden,[18]) kann mithin in denjenigen Fällen nicht zur Anwendung gebracht werden, in welchen die auf der Konferenz Anwesenden oder einzelne von ihnen sich ihre Erklärung über die in derselben gemachten Vorschläge vorbehalten und ihre Zustimmung später schriftlich abgeben. Ferner ist keiner der Eingepfarrten verpflichtet, sich mit dem Patron in Separatverhandlungen über die der gemeinsamen Beschlußfassung unterliegenden Gegenstände einzulassen. Der Einzelne darf daher die Einladung zu einer Konferenz, zu welcher nicht alle Eingepfarrten aufgefordert werden, ignorieren und ist an die auf einer solchen Teilkonferenz gefaßten Beschlüsse im Falle seines Ausbleibens nicht gebunden.

In Fällen, welche keinen Aufschub leiden, ist der Patron für befugt zu achten, mit der Ausführung des von ihm für notwendig gehaltenen Baus ohne zuvorige Feststellung desselben mit den Eingepfarrten vorzugehen, und verliert hierdurch nicht

---

[16]) vgl. Publikandum vom 16. September 1839 § 15 (Raabe IV. S. 152).

[17]) Verordnung vom 27. Dezember 1824 § 7.

[18]) § 7 cit. Abs. 2 „wer zu dieser Konferenz sich nicht einfindet —, ist an die Beschlüsse der Anwesenden gebunden". Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 25. April 1870 zu Do. 392.

das Recht, die letzteren nachträglich zur Mittragung der Kosten heranzuziehen. Aber auch in diesen Fällen können die Eingepfarrten die nachträgliche Darlegung des Unvermögens des Ärars und der Notwendigkeit des ausgeführten Baus in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise verlangen und sind bis dahin berechtigt, die von ihnen beanspruchten Beiträge zurückzuhalten,[19]) falls nicht der vom Patron für unaufschiebbar erachtete Bau erst ausgeführt wurde, nachdem eine nach Vorschrift des Gesetzes abgehaltene Konferenz resultatlos verlaufen war.

Als weitere Gegenstände, welche zur Tagesordnung jener Konferenz gehören, nennt das Gesetz[20]) die Repartition der erforderlichen Bauleistungen unter die zu denselben verpflichteten Interessenten und die Wahl eines Bevollmächtigten der Eingepfarrten, welcher gemeinsam mit dem Patron die Ausführung des beschlossenen Baus zu leiten hat. Zur vorschüssigen Tragung der Baukosten ist der Patron nicht verpflichtet,[21]) vielmehr ist von ihm eine Baukasse zu errichten, zu welcher die Zahlungspflichtigen ihre Beiträge entrichten, sobald der Fortgang des Baus dieselben erfordert, während die auf der Konferenz festgestellten Naturaldienste und -Leistungen auf zuvorige Ansage der Kirchenjuraten gestellt werden müssen. Die Rechnung über die Baukasse ist demnächst den Kontribuenten zur Prüfung vorzulegen.

Ist auf der Konferenz mit den Eingepfarrten eine Einigung über die Notwendigkeit oder den Umfang des in Frage stehenden Baus oder über die Größe der zu demselben erforderlichen Leistungen, bezw. über den Bauanschlag nicht zu erreichen, so sind die Differenzpunkte im Konferenzprotokoll zu fixieren, und es ist nunmehr Sache des Patrons, gegen die Widersprechenden

---

[19]) Urteil des Oberappellationsgerichts vom 29. November 1875 zu Ze. 152, Bescheid desselben vom 20. Januar 1870 zu Su. 1867.

[20]) Verordnung vom 27. Dezember 1824 §§ 7 und 8, vgl. Publikandum vom 16. September 1839 §§ 18, 23—30.

[21]) Cirkularverordnungen vom 16. Januar 1836 (Raabe VI. S. 338) 10. August 1839 (Raabe IV. S. 147). Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 29. April 1861 zu Ba. 948.

den Rechtsweg zu beschreiten, auf welchem die Differenzen über die Verpflichtung der letzteren zu den von ihnen beanspruchten Leistungen zum Austrage zu bringen sind.[22])

Die gegen die Eingepfarrten zu erhebende Klage muß, falls sie als Leistungsklage angestellt wird,[23]) in Gemäßheit des § 230 der CPO. die von jedem Beklagten beanspruchte Quote auch dann genau angeben, wenn sie gegen alle Eingepfarrte oder gegen mehrere derselben gemeinsam erhoben wird, und darf sich nicht auf die Angabe der verlangten Gesamtleistung beschränken, da die Verpflichtungen der Eingepfarrten bei der Teilbarkeit des Objekts ihrer Leistungen und in Ermangelung ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung solidarische nicht sind.[24])

Bezieht sich die Differenz auf die Art und Weise der Repartition der von den Eingepfarrten zu leistenden Beiträge unter den letzteren, so soll durch diesen Streit, an dessen Ausgang die Kirche im allgemeinen kein Interesse hat, der in Aussicht genommene Bau keinen Aufschub erleiden, und es hat daher der Patron die Befugnis, in solchen Fällen gegen sämtliche Eingepfarrte die Anordnung eines gerichtlichen Interimistici über die von jedem derselben vorläufig zu leistende Quote zu beantragen.[25]) Eine derartige Anordnung, welche auch nach heutigem Rechte in Gemäßheit des § 16, 4 des Einführungsgesetzes

---

[22]) Verordnung vom 27. Dezember 1824 § 9. Bei landesherrlichen Patronatskirchen haben die Beamten das Konferenzprotokoll der Kammer (nach dem Publikandum vom 16. September 1839 § 1) zum Zweck der Erhebung der Klage einzureichen.

[23]) anders, wenn sie beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 231 der CPO. auf Feststellung der Verpflichtung der Eingepfarrten zur Leistung von Beiträgen gerichtet ist. Die prozessualischen Vorschriften des § 9 der Verordnung vom 27. Dezember 1824 haben selbstverständlich gegenwärtig keine Gültigkeit mehr.

[24]) Anerkannt im Urteil des Oberappellationsgerichts vom 29. Mai 1877 zu Bu. 1398 (im Auszuge bei Balck Nr. 977), sowie im Bescheide desselben vom 29. Januar 1863 zu Ba. 988.

[25]) Verordnung vom 27. Dezember 1824 § 10 Abs. 2. Urteil des Oberappellationsgerichts vom 24. Juni 1858 bei Buchka und Budde, Entscheidungen III. S. 359, 360.

zur CPO. noch zulässig ist,[26]) setzt jedoch voraus, daß nur noch über die Verteilung der den Eingepfarrten obliegenden Leistungen unter den letzteren Differenzen obwalten, also die Notwendigkeit und der Umfang des Baus,[27]) sowie die Verpflichtung der Eingepfarrten zu subsidiarischen Beiträgen, sei es durch erfolgte Einigung, sei es durch gerichtliche Entscheidung feststeht, sowie ferner, daß über den Repartitionsmodus in einer in Gemäßheit des § 7 der Verordnung vom 27. Dezember 1824 abgehaltenen Konferenz erfolglos verhandelt wurde.[28]) Sodann ist die Anordnung des Interimistici auch nur in solchen Fällen zulässig, in welchen der Patron persönlich bei der obwaltenden Differenz ganz unbeteiligt ist, da das Gesetz lediglich den letzteren als das zur Leitung der auf der Konferenz mit den Eingepfarrten beschlossenen und veranschlagten Bauten verpflichtete Organ gegen Verzögerungen durch Streitigkeiten unter den zur Leistung von Beiträgen an ihn verpflichteten Personen schützen will.[29]) Selbstverständlich kann endlich auch dann von der Anwendung eines Interimistici keine Rede mehr sein, wenn der Patron den Bau bereits auf seine Kosten ausgeführt hat und darauf von den Eingepfarrten die Wiedererstattung der von ihm vorschüssig gezahlten Kosten fordert.[28])

---

[26]) Für das Verfahren kommen gegenwärtig in diesem Falle die für einstweilige Verfügungen geltenden Vorschriften der CPO. zur Anwendang. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen VIII. S. 312.

[27]) Demgemäß liegen die Voraussetzungen für die Anordnung dieses Interimistici nicht vor, wenn die Eingepfarrten mit dem Patron darüber streiten, ob dieselben die Quote einer auf Grund eines Spezialtitels von der Beitragspflicht befreiten Ortschaft mitzutragen haben oder nicht. Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 29. April und 28. Mai 1861 zu Ba. 948. In früherer Zeit sind allerdings auch in Fällen dieser Art Interimistica von den Gerichten erkannt und vom OAGericht bestätigt worden, und auf dem gleichen Standpunkt steht die, aber ohne ständische Konkurrenz erlassene Cirkularverordnung vom 10. August 1839 (Raabe IV. S. 147). Nach heutigem Rechte kann in Fällen, in welchen die Voraussetzungen für die Anordnung des Interimistici nicht vorliegen, der Erlaß einer einstweiligen Verfügung in Gemäßheit des § 819 der CPO. in Frage kommen.

[28]) Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 29. März 1852 zu Ne. 98.

[29]) Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 29. April 1861 zu Ba. 948.

Allemal hat das Interimistikum nur provisorischen Charakter und läßt daher die Befugnis der Beteiligten, ihre Ansprüche auf einen anderen Verteilungsmodus im Wege des ordentlichen Prozesses zum Austrag zu bringen, unberührt. Das Gesetz sieht in solchen Fällen die Art der Verteilung der Bauleistungen unter den Eingepfarrten als eine innere Angelegenheit der letzteren an, welche in bezug auf dieselben in einer passiven Kommunion stehen, die nach Analogie des Teilungsverfahrens vom Richter aufzulösen ist.[30]) Berücksichtigt man jedoch, daß eine derartige passive Kommunion der sämtlichen Eingepfarrten an sich nicht besteht, jeder Eingepfarrte vielmehr lediglich zu in quali et quanto bestimmbaren auf dem gesetzlichen Wege auszumittelnden Leistungen ohne solidarische Verhaftung für die Leistungen der übrigen verpflichtet ist,[31]) so ergiebt sich, daß es für diese Konstruktion des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses — und nur um eine solche, nicht aber um einen bindenden Rechtssatz kann es sich hier handeln — nach dem Recht der Verordnung vom 27. Dezember 1824 an einer ausreichenden Grundlage fehlt und eine Änderung der in einem Interimistikum angeordneten Verteilung der Baulast von denjenigen Eingepfarrten, welche sich durch dieselbe für benachteiligt glauben, nur in einem gerichtlichen Verfahren gegenüber dem Patron, sei es durch Stellung eines Antrags in Gemäßheit des auch für einstweilige Verfügungen normierenden § 806 der CPO., sei es durch Erhebung einer Feststellungsklage herbeigeführt werden kann.

§ 5.

Verteilung der kirchlichen Baulast zwischen Patron und Eingepfarrten und Subrepartition derselben auf die Gemeinden.

Die subsidiäre kirchliche Baulast ist in der Verordnung vom 27. Dezember 1824 zwischen dem Patron, den Eingepfarrten und der Gemeinde in folgender Weise verteilt:[1])

[30]) Verordnung vom 27. Dezember 1824 § 10 Abs. 2. Buchka und Budde, Entscheidungen III. S. 358—360, VIII. S. 250—252.

[31]) vgl. oben Note 24.

[1]) Verordnung vom 27. Dezember 1824 § 6.

Der Patron hat die Baumaterialien an Holz, Brettern, Latten, Steinen[2]) und Kalk unentgeltlich herzugeben gegen Erstattung des Hau- und Sägelohns, sowie des Brenn-, Zähl-[3]) und Meßgeldes.

Die zur Herbeischaffung der Baumaterialien, sowie des Sandes und Lehms (des letzteren von den Stellen, wo dergleichen zu den vorkommenden Bauten des Orts gewöhnlich genommen wird) erforderlichen Fuhren, die „Spanndienste" des § 500 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs, sowie die nötigen Handdienste („zum Richten und zum Zäunen auch sonst") sind von den Eingepfarrten und der Gemeinde unentgeltlich zu leisten.[4])

Die baaren Baukosten endlich, zu welchen auch der oben genannte dem Patron zu erstattende Hau-, Säge- zc. Lohn und die Kosten der von dem letzteren nicht zu liefernden Baumaterialien gehören, werden zur einen Hälfte vom Patron, zur anderen von den Eingepfarrten getragen, zu welchen letzteren auch wiederum der Patron gehört, wenn er als Besitzer eines im Kirchspiel belegenen Guts die Eigenschaft eines „Eingepfarrten" hat.

In denjenigen Kirchspielen, mit welchen eine Filialgemeinde verbunden ist, verteilt sich auch die subsidiäre Beitragspflicht bezüglich derjenigen Gebäude, welche von der filia und der mater gemeinsam benutzt werden, auf die nach dem Gesetze beitragspflichtigen Organe beider Gemeinden.[5]) Unter Umständen kann

---

[2]) Nach einem Kammercirkular vom 21. Januar 1878 bei Balck Nr. 1016 sollen zu diesen von dem Patron zu liefernden Baumaterialien Felsen und Fundamentsteine nicht gehören. Dies ist jedoch nicht zutreffend, da dem Patron durch das Gesetz ganz allgemein die Lieferung der erforderlichen „Steine" auferlegt ist. Dagegen hat derselbe das Dachstroh nicht zu liefern, welches vielmehr zu den nach § 6 c der Verordnung anzukaufenden Materialien gehört. Balck Nr. 59.

[3]) Für das Brenn- und Zählgeld für Ziegelsteine sollen nach Bestimmung der Regierung vom 11. Mai 1838 bei Balck Nr. 52 (vgl. Nr. 185 sub 3 daselbst) die in der Kammerverordnung vom 18. Mai 1822 (Raabe I. S. 138) festgesetzten Preise maßgebend sein.

[4]) Die Eingepfarrten haben daher auch die Brandkassenbeiträge für die versicherten Hand- und Spanndienste zu tragen (Balck Nr. 1051). Dagegen können die Handdienste der Gemeinde für den Abbruch alter Kirchengebäude nicht beansprucht werden (Balck Nr. 892).

[5]) Vgl. § 3 Note 3.



sich die Beitragspflicht der Filialgemeinde daher auch auf das Kirchengebäude der Mutterkirche selbst miterstrecken, falls auch in diesem gottesdienstliche Handlungen für die erstere stattfinden.[6])

Von den Organen, welchen die subsidiäre Baulast obliegt, stehen jedoch, wie bereits oben hervorgehoben,[7]) der Kirche nur der Patron und die Eingepfarrten als Verpflichtete gegenüber, und zwar auch in bezug auf die durch die einzelnen Gemeindeglieder zu leistenden Naturaldienste, welche letzteren zur Gewährung dieser Dienste lediglich ihrer Obrigkeit verpflichtet sind. Es ist daher zu unterscheiden zwischen der Verteilung der Baulast unter den erstgenannten und der lediglich ein Internum zwischen den Eingepfarrten und der Gemeinde bildenden Subrepartition auf die einzelnen Mitglieder der letzteren.[8])

Die Verteilung der Baulast unter die einzelnen Eingepfarrten geschieht in der Weise,[9]) daß die von den Eingepfarrten und der Gemeinde des Kirchspiels aufzubringende Gesamtleistung, und zwar sowohl die baaren Beiträge, als auch die Hand- und Spanndienste,[10]) nach dem Verhältnis der Zahl der Beichtkinder, welche von fünf zu fünf Jahren aufs neue festzustellen ist, für die einzelnen Ortschaften ermittelt wird.[11]) Abweichungen von diesem gesetzlichen Repartitionsmodus können durch lokale Observanzen begründet werden,[12]) welche für die Verteilung der ge-

---

[6]) Richter-Dove a. a. O. S. 1353, Friedberg a. a. O. § 181 Note 28.

[7]) § 4 im Eingang.

[8]) Budde, Entscheidungen VIII. S. 230—252.

[9]) Verordnung vom 27. Dezember 1824 § 10.

[10]) Urteile des Oberappellationsgerichts vom 25. April und 30. Juni 1870 zu Do. 392, ersteres im Auszug bei Balck Nr. 570.

[11]) Ausführungsbestimmungen bezüglich dieses Punktes enthält die landesherrliche Verordnung vom 4. Februar 1825 bei Balck Nr. 16 a.

[12]) Diese Observanzen sind von demjenigen, welcher sie für sich geltend macht, als Abweichungen von der allgemeinen Regel im Streitfalle zu beweisen. Urteil des Oberlandesgerichts vom 29. Mai 1877 zu Bu. 1398 im Auszug bei Balck Nr. 977.

samten Bauleistungen auch dann maßgebend sein sollen, wenn sie sich auch nur auf die Naturalprästationen beschränken.

Die Befugnis zur „Subrepartition" der Beiträge zu den kirchlichen Bauten, d. h. das Recht, die Übernahme der der Kirche geschuldeten Leistungen, bezw. die Erstattung der derselben geleisteten Beiträge von den Mitgliedern der Kirchengemeinde zu verlangen, steht dem Patron nicht zu, derselbe hat jene Leistungen daher stets aus eigenen Mitteln zu bestreiten.[13]) Für die Subrepartition der von den Eingepfarrten zu leistenden Beiträge kommen zunächst die Bestimmungen des § 6 b und c der Verordnung vom 27. Dezember 1824 in betracht, nach welchen die Hand- und Spanndienste von den Eingepfarrten und der Gemeinde, die Hälfte der baaren Baukosten dagegen von den ersteren allein getragen werden sollen. Hieraus ergiebt sich das Prinzip, daß die einzelnen Gemeindemitglieder von ihren Obrigkeiten zwar zu den erforderlichen Naturaldiensten, nicht aber auch zur Tragung der baaren Baukosten heranzuziehen sind. Indessen ist dies Prinzip nicht rein durchgeführt, vielmehr ist den sehr verschiedenen Verhältnissen in den einzelnen Landesteilen Rechnung getragen.

In den Gütern der Ritterschaft findet nach ausdrücklicher Bestimmung des § 11 der Verordnung vom 27. Dezember 1824 eine Subrepartition der Beiträge zu den baaren Baukosten auf die Gutseingesessenen nicht statt, falls nicht Spezialrechtstitel (Verträge, Observanzen oder anderweitige ausdrückliche Bestimmungen[14])) dieselbe zulassen. Die gleiche Befreiung ist dem Prinzip gemäß für die Einwohner der städtischen und der Klostergüter in Anspruch zu nehmen. Dagegen sind die Einwohner aller dieser Güter zu Handdiensten und, soweit sie Anspannung

---

[13]) Wenn ein Stadtmagistrat die von ihm als Patron zu leistenden Hilfsbeiträge durch Steuern, welche auf verfassungsmäßigem Wege von den Bürgern und Einwohnern erhoben werden, aufbringt, so leisten letztere diese Steuern nicht in ihrer Eigenschaft als Kirchenglieder, sondern als Mitglieder der bürgerlichen Gemeinde.

[14]) unter diesen sind Regulative ritterschaftlicher Bauern und Tagelöhner, sowie Kontrakte ritterschaftlicher Erbpächter und Kossaten zu verstehen.



besitzen, auch zu Spanndiensten für die Kirchenbauten verpflichtet,[15]) wenn sie nicht aus Spezialrechtstiteln ihre Befreiung von solchen Diensten herzuleiten vermögen.

In den Städten findet nach dem allgemeinen Prinzip eine Subrepartition der Hand- und Spanndienste, auf Grund besonderer Bestimmung[16]) aber auch der baaren Baukosten statt. Die letzteren sind auf die Häuser und Mietseinwohner ohne Unterschied, ob selbige eximiert sind oder nicht, also mit anderen Worten auf alle selbständigen Einwohner zu repartieren. Was die Hand- und Spanndienste betrifft, bezüglich deren es an Spezialvorschriften mangelt, so entspricht eine Leistung derselben in natura den städtischen Verhältnissen nicht. Es wird daher zunächst in Frage kommen, ob sich nicht im Laufe der Zeit Observanzen gebildet haben, nach welchen diese Dienste in Geld angeschlagen werden und in dem entsprechenden Geldbetrage von den Einwohnern zu leisten sind. Bestehen derartige Observanzen nicht, so liegt dem bestehenden Recht nach allerdings die Handdienstpflicht allen Gemeindegliedern ob, soweit sie zur Erfüllung derselben im Stande sind, die Spanndienstpflicht dagegen denjenigen, welche Anspannung haben. Indessen dürfte die Forderung dieser Dienste in natura in den Städten kaum irgendwo gestellt werden.

In den Flecken findet eine Subkollektur nach denselben Grundsätzen wie in den Städten statt.[17])

Für das Domanium hat die Landesherrschaft von dem im § 11 der Verordnung vom 27. Dezember 1824 enthaltenen Vorbehalt Gebrauch gemacht und in der Patentverordnung vom 28. Juli 1825[18]) besondere Bestimmungen über die Subrepartition der baaren Baukosten[19]) getroffen. Nach diesen Bestim-

---

[15]) In den Verhandlungen über den Erlaß der Verordnung vom 27. Dezember 1824 wurde es ständischerseits als selbstverständlich bezeichnet, daß die Bauern an den nötigen Fuhrleistungen teilzunehmen hätten.

[16]) Verordnung vom 27. December 1824 § 11.

[17]) Bezüglich der Domanialflecken siehe jedoch unten.

[18]) Raabe IV. S. 136.

[19]) wenngleich die Patentverordnung es nicht ausdrücklich hervorhebt,

mungen ist die gesamte Beitragsquote, welche auf den domanialen Teil des Kirchspiels entfällt, auf die zu demselben gehörenden Pachthöfe, Dörfer und für sich bestehende Erbpachtgüter, Mühlen und sonstige vererbpachtete Besitzungen (Erbkrüge ꝛc.), welche nicht zu einem Dorfe gehören,[20]) nach dem Hufenstande ihrer Ländereien zu verteilen.

Die für die Zeitpachthöfe ermittelte Quote wird nach Analogie der für die Rittergüter im § 11 der Verordnung vom 27. Dezember 1824 getroffenen Bestimmungen von der Großherzoglichen Kammer als der Grundeigentümerin getragen, eine Subrepartition derselben auf die Pächter findet also nicht statt.[21])

Die Quote für die für sich bestehenden nicht zu einem Dorfe gehörenden Erbpachtstellen trägt der Erbpächter, ohne daß er Ersatz von seinen Unterpächtern oder sonstigen Einwohnern fordern dürfte.

Die auf die Dörfer entfallende Quote endlich wird von den Erbpächtern und Hauswirten erlegt,[22]) welche jedoch die zu

---

daß sie nur Bestimmungen über die baaren Baukosten treffen will, so geht doch aus ihrem Unhalt unzweifelhaft hervor, daß sie sich nur auf die letzteren bezieht.

[20]) Da die Revidierte Gemeindeordnung vom 29. Juni 1869 nur die politische Organisation der Domanialgemeinden zum Gegenstand hat, so hat die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Gemeindeverband für die Verteilung der kirchlichen Baulast in Gemäßheit der Patentverordnung keine Bedeutung. Die Frage, ob eine vererbpachtete Landstelle für die hier in Frage stehenden Verhältnisse für sich besteht oder zu einem Dorfe gehört, wird daher auf Grund der gesamten anderweitigen Verhältnisse, der geographischen Lage und der Entstehungsgeschichte derselben zu beantworten sein.

[21]) Übereinstimmend der von der Kammer festgestellte neueste Normalpachtkontrakt für Domanialhöfe vom 3. Mai 1882 § 29, 2 bei Balck Nr. 1239 a S. 751.

[22]) Nähere Bestimmungen sind getroffen über den Verteilungsmodus bezüglich der Hauswirte, wleche jedoch gegenwärtig, wo die letzteren im Verschwinden begriffen sind, nur noch geringe praktische Bedeutung haben und daher hier übergangen werden können. Bei der Vererbpachtung der Domanialhufen ist ausdrücklich bestimmt, daß die Erbpächter alle geistlichen Abgaben und Leistungen für die Kirche von ihren Stellen ausschließlich zu tragen haben. Allerhöchste Bestimmungen betr. Vererbpachtung vom 16. November 1867 Nr. VI. bei Balck Nr. 475 S. 271, Erbpachtkontrakt zum Kammer-

dem Dorfe gehörenden Büdner nach dem Maßstab, welcher nach Dorfs- oder Amtsüblichkeit für andere Kommunallasten besteht, eventuell von der Kammer bestimmt wird, zur verhältnismäßigen Erstattung heranziehen können.

Die Einlieger sollten nach der Patentverordnung vor der Hand zu den Beiträgen nicht herangezogen werden, jedoch wurde es dem Ermessen der Kammer überlassen, auch diese Personen billigmäßig zu enquotieren. Nach einem Cirkular vom 24. Februar 1881[23]) hat die Kammer von dieser Ermächtigung bezüglich der Häusler und Einlieger Gebrauch gemacht.

Für die Gemeindeländereien hat die politische Gemeinde als die Eigentümerin die auf dieselben entfallenden Beiträge zu leisten.[24])

Bezüglich der im Domanium befindlichen Flecken endlich ist die Subrepartition der Beiträge nach den in den dortigen Kirchspielen bestehenden Verhältnissen und unter Berücksichtigung der dort vorhandenen Observanzen der Kammer überlassen.

Die Hand- und Spanndienste sind auch im Domanium von sämtlichen Gemeindegliedern zu leisten.[25])

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß, wenn zu einem Kirchspiel Domanial- und ritterschaftliche Ortschaften, bezw. Domanialortschaften und Städte oder Stadtgüter vereinigt sind, die Repartition der subsidiären Baukosten nach einem doppelten Modus erfolgt. Zunächst ist die gesamte Domanialquote, sowie die auf die einzelnen ständischen Ortschaften entfallenden Quoten nach der Zahl der Beichtkinder auf Grund des § 10 der Verordnung vom 27. Dezember 1824 zu ermitteln, worauf die Subrepartition der ersteren auf die Domanialortschaften in Ge-

---

cirkular vom 14. Mai 1868 § 10 bei Balck Nr. 484 S. 283, vgl. auch Balck Nr. 742 sub I. An dem Recht der Patentverordnung ist daher nichts geändert.

[23]) Balck Nr. 1181.

[24]) Balck Nr. 1091.

[25]) Anerkannt bezüglich der Pacht- und Erbpachthöfe im Kammercirkular vom 19. Mai 1881 bei Balck Nr. 1193.

mäßheit der Patentverordnung vom 28. Juli 1825 nach dem Hufenstand erfolgt.

§ 6.
Juristischer Charakter der kirchlichen Baulast.

Die unter dem Einfluß naturrechtlicher Anschauungen stehende ältere Doktrin beantwortete die Frage nach der rechtlichen Natur der Kirchenbaulast nach dem Vorgang J. H. Böhmer's[1]) von privatrechtlichen Gesichtspunkten aus. Auf demselben Standpunkt stehen auch die in der Einleitung erwähnten Kontroversschriften über die zur Tragung der subsidiären Baulast nach einheimischem Recht verpflichteten Subjekte, welche die Entscheidung dieses Streitpunktes einerseits von der Beantwortung der Frage abhängig machen, wem das privatrechtliche Eigentum an den kirchlichen Gebäuden zustehe,[2]) andererseits für dieselbe die angeblich vom Patron bei der Stiftung der Kirche übernommene Verpflichtung zur Erhaltung der letzteren verwerten.[3])

Heutzutage herrscht hingegen darüber Einverständnis, daß das Privatrecht eine genügende Antwort auf jene Frage nicht zu erteilen vermag, und daß insbesondere der Streit über das privatrechtliche Subjekt des Kirchenvermögens dieselbe nicht berührt.[4]) Die neuere Kirchenrechtswissenschaft sieht vielmehr die der Kirche für die Erhaltung ihrer Gebäude zu gewährenden Leistungen als Abgaben an, welche sie von ihren Angehörigen auf Grund ihres Verhältnisses zu den letzteren beansprucht, um durch dieselben zur Erfüllung ihrer Aufgaben in den Stand gesetzt zu werden, und welchen dort, wo die Kirche eine privile-

[1]) Jus Ecclesiast. Protest. III. lib. III. tit. 48 § 53, vgl. Herrmann, Zur Lehre von der rechtlichen Natur der Kirchenlasten, in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 18 S. 44, sowie Huck, Die rechtliche Natur der Kirchenbaulast, ebendaselbst Bd. 8 S. 326 ff.

[2]) So Francke in der § 1 Note 11 genannten Schrift S. 10, ferner Francke, Die Beitragspflicht der Eingepfarrten zum Bau und Unterhalt der kirchlichen Gebäude und die Repartition der Beiträge, 1816, S. 20 ff., insbesondere S. 28.

[3]) So die § 1 Note 14 genannte Schrift S. 9, 14, 15.

[4]) Richter-Dove a. a. O. S. 1279.



gierte mit obrigkeitlichen Befugnissen ausgerüstete Stellung einnimmt, der Charakter von öffentlich-rechtlichen Leistungen zukommt.[5]) Hiedurch wird selbstverständlich nicht ausgeschlossen, daß Leistungspflichten zu kirchlichen Bauzwecken bestehen können, welche auf privatrechtlichen Titeln beruhen und welche daher auf Grund dieses ihres Ursprungs in die Privatrechtssphäre fallen, wie denn auch andererseits privatrechtliche Befreiungsgründe möglich sind, welche die allgemeine öffentlich-rechtliche Beitragspflicht für den Einzelnen aufheben.[6]) Allemal erfordern aber diese Privatrechtstitel ihre besondere konkrete Begründung, während die auf allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen beruhende Leistungspflicht dem öffentlichen Kirchenrecht angehört, mag dieselbe sich nun als persönliche Verpflichtung der Gemeindeglieder oder als Reallast ausgebildet haben.

Auch die subsidiäre kirchliche Baulast des mecklenburgischen Rechts trägt, soweit sie aus gesetzlicher Bestimmung hergeleitet wird, den Charakter einer öffentlich-rechtlichen Abgabe, wie dies auch in höchstrichterlichen Entscheidungen sowohl des Reichsgerichts[7]), als auch des früheren Oberappellationsgerichts[8]) anerkannt ist. Dieser Auffassung steht der Umstand nicht entgegen, daß es in dem überhaupt wenig entwickelten mecklenburgischen Verwaltungsrecht zur Ausbildung eines geordneten Systems von Kirchensteuern nicht gekommen ist, Art und Maß der zum Teil noch als Naturalleistungen zu gewährenden Prästationen vielmehr

---

[5]) Richter-Dove a. a. O. S. 897 ff., Hinschius, Allgemeine Darstellung der Verhältnisse von Staat und Kirche, in Marquardsen's Handbuch des öffentlichen Rechts, Bd. I. S. 255.

[6]) Wach, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts I. S. 99 Nr. 4.

[7]) Urteil des Reichsgerichts I. Senat vom 1. November 1884 zu Ro. 53: „Die Beiträge zum Bau und zur Unterhaltung der kirchlichen Gebäude haben die Natur kirchlicher Abgaben, welche dazu bestimmt sind, der Kirche die Erfüllung ihrer Aufgaben zu ermöglichen."

[8]) Urteil des Oberappellationsgericht vom 31. Januar 1876 zu Ba. 202: „Die Dienstpflicht bei kirchlichen Bauten (fällt) unter den Gesichtspunkt einer kirchlichen Beisteuer der Gemeindeglieder mittelst Naturalleistungen." Übereinstimmend Reskript des Finanzministeriums vom 9. Juli 1881 bei Balck Nr. 1206.

von dem jeweiligen konkreten Bedürfnis abhängt. Ebenso wenig fällt gegen jene Auffassung ins Gewicht, daß die Kirche für die Realisierung ihrer gesetzlich begründeten Ansprüche auf Leistung von Beiträgen zur Erhaltung und Erneuerung ihrer Gebäude auf den Rechtsweg verwiesen ist, da gerade auch nach mecklenburgischem Recht die Zulässigkeit des Rechtswegs mehrfach weit in das Verwaltungsrecht hineinreicht.[9]) Entscheidend kommt dagegen für jene Auffassung in betracht auf der einen Seite die grundgesetzliche Stellung der evangelisch-lutherischen Kirche im Lande, auf der anderen die Zweckbestimmung der in Frage stehenden der Erfüllung der kirchlichen Aufgaben dienenden Leistungen, und so stehen derselben denn auch die einheimischen Gesetze nicht entgegen, wenn sie in den letzteren eine ausdrückliche Anerkennung auch nicht gefunden hat.

Im einzelnen erscheint die subsidiäre kirchliche Baulast in Mecklenburg teils als Reallast, teils als Personalverpflichtung. Die Natur einer Reallast haben die Verpflichtungen des Patrons, soweit dingliche Patronate in Frage stehen,[10]) und der Eingepfarrten der Kirche gegenüber.[11]) Dieselben ruhen auf dem Grundeigentum, mit welchem der Patronat als Pertinenz verbunden ist und dessen Besitz dem Eigentümer oder Vasallen die obrigkeitliche Stellung verleiht, sie sind daher Belastungen der ständischen Obrigkeiten als solcher und gehen mit jenem Grundeigentum auf jeden neuen Erwerber des letzteren über, dessen persönliche Zugehörigkeit zu der Landeskirche und damit zu dem Kirchspielsverbande hierfür nicht in betracht kommt.[12]) Ebenso

---

[9]) Vgl. Wach a. a. O. S. 111.

[10]) Als persönliche Patronate kommen heutzutage in Mecklenburg nur noch die landesherrlichen Patronate über Kirchen in der Ritter- und Landschaft in betracht.

[11]) Vgl. Revidierte Ritterschaftliche Hypothekenordnung vom 18. Oktober 1848 § 4, 1, in welcher die Parochialabgaben unter den Belastungen des Guts aufgeführt werden, die von der Eintragung in das Hypothekenbuch ausbeschieden sind.

[12]) Der nichtchristliche Besitzer eines Ritterguts ist verhindert, die mit demselben verbundenen patronatischen Rechte auszuüben, dagegen von den aus dem Patronat resultierenden Pflichten nicht befreit, insoweit dieselben nicht

haben den Charakter einer Reallast die in Gemäßheit der Patentverordnung vom 28. Juli 1825 von den Grundbesitzern (Erbpächtern, Büdnern, Häuslern) im Wege der Subrepartition zu zahlenden Beiträge zu der auf Grund des § 10 der Verordnung vom 27. Dezember 1824 ausgemittelten Domanialquote,[13]) sowie die von diesen Personen zu leistenden Hand- und Spanndienste, da auch diese Leistungen auf dem realen Besitztum haften, ohne Rücksicht auf die persönliche Zugehörigkeit der Besitzer zur Kirchengemeinde.[14])

Als Personalverpflichtungen erscheinen dagegen die im Wege der Subrepartition von den städtischen Einwohnern[15]) und von den Domanialeinwohnern ohne Grundbesitz zu leistenden Beiträge

---

untrennbar mit patronatischen Rechten verbunden sind. Er muß daher die rechtlich dem Patron obliegenden Hilfsbeiträge leisten, hat aber kein Recht zur Vertretung der Kirche in bezug auf die Verwaltung und Leitung ihrer Bauangelegenheiten. Diese Befugnisse verbleiben in solchem Falle dem Kirchenregiment. Richter-Dove a. a. O. S. 681, 682. Ferner hat er als Eingepfarrter die ihm als solchem obliegenden Baulasten zu tragen und wird ihm auch die Ausübung der den Eingepfarrten zustehenden Kontrolbefugnisse (siehe oben § 4) nicht zu versagen sein. Letztere sind ihm auch dann zuzugestehen, wenn die Leistung patronatischer Hilfsbeiträge von ihm beansprucht wird.

[13]) Vgl. Domanialhypothekenordnung vom 2. Januar 1854 § 3, 1 a (entsprechend der in Note 11 angeführten Stelle aus der Rev. Ritterschaftl. Hypothekenordnung).

[14]) Für die nach der Patentverordnung vom 28. Juli 1825 zu reparticrenden Bauleistungen ergiebt sich dieses Resultat unzweifelhaft schon aus dem Gesetze selbst, welches die nach dem Hufenstande zu bemessende Beitragspflicht unmittelbar mit dem Grundbesitz in Verbindung bringt. (Die Stellung der Hauswirte, deren Rechte an der Hufe des dinglichen Charakters entbehrten, macht hier allerdings Schwierigkeiten, indessen kann dieser Punkt wegen seiner geringen praktischen Bedeutung auf sich beruhen bleiben.) Ganz allgemein sind den Grundbesitzern als solchen alle Steuern, Abgaben und Leistungen an die Kirche, Pfarre, deren Wittum und Küsterei in den neueren Erbpacht-, Büdner- und Häuslerkontrakten auferlegt worden. Balck Nr. 484 § 10, Nr. 501 Anl. I. § 8, Nr. 550 Anlagen I. und II. § 7, Nr. 768 Anl. B zur Anl. I. § 3.

[15]) Im § 11 der Verordnung vom 27. Dezember 1824 werden für die Subkollektur der Magistrate die Mietseinwohner den „Häusern" völlig gleichgestellt.

und Dienste, sowie die Hand- und Spanndienste der ritterschaftlichen Hintersassen, soweit die letzteren nicht etwa in Erbpachtkontrakten dinglich radiziert sind.

Der Charakter der kirchlichen Baulast als einer dem öffentlichen Recht angehörigen kirchlichen Abgabe hat nun mehrfache wichtige Konsequenzen im Gefolge.

Die Beiträge zu den kirchlichen Bauten werden unter Zugrundelegung des gesetzlichen Verteilungsmodus nach Beichtkinderzahl auf die Eingepfarrten des Kirchspiels verteilt. Die Größe der von jedem Eingepfarrten zu tragenden Quote hängt somit von der Zahl und Größe der eingepfarrten Ortschaften ab und wird daher von jeder Veränderung der Kirchspielsgrenzen unmittelbar beeinflußt. Dennoch aber hat keiner der Eingepfarrten[16]) auf Grund des Gesetzes vom 27. Dezember 1824 ein wohlerworbenes Recht darauf, daß der Parochialverband in seinem gegenwärtigen Bestande erhalten und nicht zum Nachteil der Beitragspflichtigen verändert werde. Denn es handelt sich hier nicht um eine Gemeinschaftsschuld mehrerer in einer privatrechtlichen communio stehender Interessenten, deren Verpflichtung sich auf den Beitrag bestimmter Quoten beschränkte, welche durch die einmal gegebenen Verhältnisse unabänderlich fixiert wären, sondern eben um eine öffentlich-rechtliche Abgabe, welche jeden trifft, der in das vom Gesetz vorausgesetzte Verhältnis eintritt. Das Kirchenregiment, welches allerdings bei der Veränderung von Kirchspielsgrenzen verpflichtet ist, wohlerworbene Privatrechte zu respektieren, ist daher durch Rechte der Eingepfarrten auf den durch die bisherigen Parochialverhältnisse gegebenen Verteilungsmodus der gesetzlichen Baulast nicht gebunden.

Aus dem gleichen Grunde wird die Beitragsquote der übrigen Eingepfarrten eine erhöhte, falls einzelne derselben durch

---

[16]) Der Patron hat kraft seiner Stellung als solcher das Recht, vor einer von dem Oberbischof beabsichtigten Kirchspielsveränderung, insoweit dieselbe auf das Kirchenvermögen einwirkt, gehört zu werden. Vgl. Mejer a. a. O. § 159 Note 2, 160 Note 9, Richter-Dove a. a. O. S. 622, 623, von Schulte a. a. O. S. 127 sub b, Friedberg a. a. O. S. 267 sub II.



einen besonderen Rechtstitel von der Beitragspflicht befreit sind. Die auf die letzteren an und für sich entfallende Quote muß von den übrigen mitübertragen werden und fällt nicht etwa der Kirche zur Last. Der gleiche Grundsatz kommt auch für die Subrepartition zur Anwendung, falls einzelne Gemeindeglieder auf Grund eines Spezialtitels zu letzterer nicht herangezogen werden können.[17])

Daß der nach dem Gesetze zu Leistungen für kirchliche Bauten Verpflichtete sich auf Privatrechtstitel berufen darf, um aus denselben seine Befreiung von diesen Lasten herzuleiten, ist schon hervorgehoben. Derselbe ist aber nicht berechtigt, sich seiner

---

[17]) Auf entgegengesetztem Standpunkt steht die Rechtsprechung des früheren Oberappellationsgerichts.

In dem Bescheide vom 29. Januar 1863 zu Ba. 988 wird ausgeführt, daß ein rechtskräftiges Urteil aus der Zeit vor der Verordnung vom 27. Dezember 1824, durch welches die Befreiung eines Teils der Eingepfarrten von der Beitragspflicht zu kirchlichen Bauten ausgesprochen wurde, die übrigen Eingepfarrten nicht berühre und daher auch nicht den Effekt haben könne, ihre durch das spätere Gesetz begründete Verbindlichkeit zu erhöhen, daß es mithin an jedem Rechtsgrunde fehle, den letzteren die Anteile der damals von aller Beitragspflicht ganz freigesprochenen Kirchspielsgenossen aufzubürden.

In einer anderen durch Urteil des Oberappellationsgerichts vom 29. Mai 1877 erledigten Sache — Bu. 1398 —, in welcher die kirchensteuerpflichtigen Hausväter des Domanialdorfes Burow gegen die Großherzogliche Kammer auf Erstattung von Beiträgen zu einem Kirchenbau klagten, welche im Wege der Administrativexekution von ihnen beigetrieben waren, sprach das Oberappellationsgericht aus, daß der Umstand, daß eine andere baupflichtige Ortschaft des Kirchspiels sich durch eine vergleichsweise erfolgte einmalige Kapitalzahlung an die Kirche von jeder Baupflicht befreit habe, nicht für die Frage releviere, wieviel Burow zu den kirchlichen Bauten zu kontribuieren habe, da beim Mangel einer solidarischen Haftung der eingepfarrten Ortschaften das Rechtsverhältnis von Burow durch jenen Vergleich, zu welchem letzteres nicht zugezogen sei, nicht berührt werde. Das Urteil kommt daher zu dem Resultat, daß Burow nur so viel von den Baukosten zu tragen habe, als ihm zur Last gefallen sein würde, wenn jene andere Ortschaft auch beitragspflichtig wäre.

Beide Urteile gehen von der hier bekämpften Grundauffassung aus, daß die zur Entscheidung stehende Frage nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen sei.

gesetzlichen Leistungspflicht durch Geltendmachung von Gegenansprüchen zu entziehen, welche er gegen die Kirche aus arglistiger oder schuldhafter Schädigung seines Vermögens durch die Vertreter der letzteren herleitet.[18])

---

[18]) Ausgeführt in dem Note 7 erwähnten Urteil des Reichsgerichts: „Ihr (der Beiträge zum Bau und Unterhaltung der kirchlichen Gebäude) Zweck, die beständige und ununterbrochene Erfüllung der kirchlichen Aufgaben zu sichern, bringt es mit sich, daß bei eingetretenem Bedürfnis und Unfähigkeit des Kirchenärars zur Befriedigung desselben die Beiträge von den Pflichtigen nicht aus dem Grunde verweigert werden können, weil ihnen eine Gegenforderung oder der Einwand einer arglistigen oder schuldhaften Schädigung ihres Vermögens zustehe; das Privatinteresse tritt gegen das höhere öffentliche Interesse dergestalt zurück, daß die Befriedigung des letzteren nicht durch Geltendmachung des ersteren verhindert werden kann. Diese Erwägung rechtfertigt auch die Annahme, daß diejenigen, welchen die Kirchenbaulast obliegt, sich der Erfüllung der Beitragspflicht nicht um deswillen entziehen können, weil das Bedürfnis des Baus, zu dessen Kosten sie herangezogen werden, durch ein Verschulden der Kirchenbehörde entstanden sei. Es ist ihnen unbenommen, einen etwa begründeten Entschädigungsanspruch gegen den Schuldigen zu verfolgen; nicht aber sind sie befugt, den ihnen obliegenden Beitrag zu verweigern und hiedurch die Ausführung des bei vorhandenem Bedürfnis erforderlichen Baus zu verhindern." (Es handelte sich in diesem Prozesse um die Beiträge zum Bau eines Predigerwitwenhauses, deren Leistung der Beklagte aus dem Grunde verweigert hatte, weil ein früher vorhandenes Witwenhaus von der Kirchenbehörde im Jahre 1850 ohne ausreichende Veranlassung und ohne Zustimmung der Eingepfarrten verkauft sei.)

Die in diesem Urteil offen gelassene Frage, ob den zu Beiträgen für geistliche Bauten Verpflichteten ein Regreßanspruch gegen die Kirchenbehörde, welche durch ihre Schuld den in Frage stehenden Bau veranlaßt hat, bezw. gegen den Patron, welcher den von ihm geleiteten Bau mangelhaft ausgeführt hat, zustehe, ist zu verneinen. Die kirchlichen Organe stehen in bezug auf die von ihnen geführte Verwaltung des Kirchenvermögens lediglich in einem rechtlichen Verhältnis zur Kirche selbst, nicht aber zu den kirchensteuerpflichtigen Personen. Ebensowenig existiert ein privatrechtliches Verhältnis zwischen der Kirche und den letzteren, auf Grund dessen diese die Abtretung der der Kirche gegen ihre Organe wegen schädigender Verwaltungshandlungen zustehenden Ersatzansprüche zu fordern berechtigt wären. Die Eingepfarrten sind daher auf die ihnen durch die Verordnungen vom 27. Dezember 1887 und 21. April 1832 gewährleisteten Kontrolbefugnisse (siehe oben § 4) beschränkt.

§ 7.

Modifikationen der gesetzlichen Baulast.

Die Verpflichtung des Kirchenärars zum Bau und zur Unterhaltung der kirchlichen Gebäude wird modifiziert teils durch allgemeine gesetzliche Bestimmungen, teils durch Rechtsbildungen von lokalem Charakter, welche der Kirche, auch ohne daß eine Insuffizienz ihres Vermögens vorausgesetzt würde, Ansprüche auf Dienste und Leistungen zu ihren Bauten sei es gegen den Patron und die Eingepfarrten, sei es gegen Dritte gewähren. Diese Ansprüche bilden einen Teil des Aktivvermögens der Kirche und kommen daher, soweit sie thatsächlich realisierbar sind, indirekt auch den zur Tragung der subsidiären Kirchenbaulast Verpflichteten zu gute.

Als allgemeine gesetzliche Bestimmungen gehören hierher die für den Fall der Suffizienz des Kirchenärars im § 5 der Verordnung vom 27. Dezember 1824 ausdrücklich aufrecht erhaltenen Vorschriften der §§ 499 und 500 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs, nach welchen die Eingepfarrten Fuhr- und Handdienste zu Reparaturen baufälliger Kirchen und geistlicher Gebäude nach dem vorhandenen Bedürfnis, zu Neubauten von Pfarr- und Küsterhäusern jedoch nur an den Orten, „wo es hergebracht“, zu leisten haben. Die Kontroverse über die Tragweite dieser Bestimmungen, welche den Erlaß der Verordnung vom 27. Dezember 1824 herbeiführte, ist bereits oben berührt worden. Nach dem § 5 der Verordnung soll es bei denselben für den Fall der Ausreichlichkeit des Kirchenärars das Bewenden behalten, falls nicht Verträge, rechtskräftige Entscheidungen oder Observanzen den Eingepfarrten größere Lasten auferlegen. Damit ist gesetzlich anerkannt, daß, von den genannten Ausnahmefällen abgesehen, diese Bestimmungen des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs für den hervorgehobenen Fall ausschließlich in Anwendung kommen sollen, und es sind

---

[1]) Vgl. die Zusammenstellung bei Buchka und Budde, Entscheidungen III. S. 343 ff.

daher die zahlreichen Vorschriften der älteren Gesetze[1]) über die Baupflicht der Parochianen in Wegfall gekommen.

Ferner ist hieher zu rechnen die auf gesetzlicher Bestimmung[2]) beruhende Haftung der Kirchenökonomie für die kirchlichen Bauten in denjenigen Fällen, in welchen die letztere nicht in dem Kirchenvermögen aufgegangen ist, sondern sich als selbständige Stiftung erhalten hat,[3]) da für diese Fälle das Gesetz einen Anspruch der Kirche gegen die Ökonomie auf Suppeditierung von Baukosten begründet.[4])

Die Verpflichtung der Eingepfarrten[5]) zur Tragung der subsidiären kirchlichen Baulast, wie sie in der Verordnung vom 27. Dezember 1824 geregelt ist, kann ebenfalls durch besondere Rechtsgründe modifiziert werden, sei es nun, daß die letzteren den Eingepfarrten größere Verpflichtungen auferlegen, als ihnen nach den Bestimmungen der Verordnung obliegen würden, sei es, daß sie dieselben von der gesetzlichen Baulast ganz oder teilweise befreien.

Als derartige besondere Rechtsgründe, welche zu Gunsten wie zu Ungunsten der Eingepfarrten Abweichungen der gesetzlichen Bestimmungen herbeizuführen geeignet sind, nennt die Verordnung vom 27. Dezember 1824 in unverkennbarer Anlehnung an Teil II. Tit. 11 § 710 des Allgemeinen Landrechts

---

[2]) Deklaratorverordnung vom 21. April 1832 § 1.

[3]) Böhlau, Mecklenburg. Landrecht III. S. 89 Note 7, und die Zusammenstellung von Fällen dieser Art S. 75 Note 1.

[4]) Das Gesetz bestimmt, daß auch in diesen Fällen eine Trennung des Kirchen- vom Ökonomievermögen, „insofern von Ausmittelung der Kräfte der Kirchen, um daraus die Baubedürfnisse zu bestreiten, die Rede ist, nicht weiter stattfinden" soll. Durch diese Bestimmung wird selbstverständlich die rechtliche Stellung derjenigen Ökonomien, welche sich im übrigen ihre Selbständigkeit bewahrt haben, nicht berührt.

[5]) Modifikationen der gesetzlichen Verpflichtungen des Patrons berücksichtigt die Verordnung vom 27. Dezember 1824 nicht. Wenn der § 1 derselben von Rechten der Patrone aus Verträgen, rechtskräftigen Entscheidungen oder Observanzen spricht, so sind hierunter, wie aus dem Absatz 2 dieses Paragraphen hervorgeht, die durch den Patron geltend zu machenden Rechte der Kirche zu verstehen.

für die Preußischen Staaten Verträge, rechtskräftige Entscheidungen und Observanzen.

Diese Aufzählung ist insofern nicht erschöpfend, als jenen Rechtsgründen noch die unvordenkliche Verjährung hinzuzufügen ist. Außerdem stellt sie Rechtsmomente von verschiedenem rechtlichen Charakter zusammen, welche nur das Gemeinsame haben, daß sie die Anwendbarkeit der Bestimmungen der Verordnung vom 27. Dezember 1824 im Einzelfalle aus konkreten nur für diesen Fall zutreffenden Gründen auszuschließen.

1. Die Bestimmung, daß die durch rechtskräftige Entscheidungen erworbenen Rechte der Eingepfarrten, bezw. der Kirche durch die Vorschriften der Verordnung vom 27. Dezember 1824 nicht berührt werden sollen, entspricht der gemeinrechtlichen Rechtsregel, daß ein neuer Rechtssatz die durch rechtskräftiges Urteil erledigten Fälle, welche an und für sich demselben unterliegen würden, im Zweifel auch dann nicht ergreift, wenn demselben im übrigen rückwirkende Kraft beigelegt sein sollte.[6])

Die Verordnung vom 27. Dezember 1824 hatte die Aufgabe, für die durch die ältere Gesetzgebung nicht in genügender Weise geregelten und durch eine auseinandergehende Rechtsprechung unsicher gewordenen Rechtsbeziehungen zwischen den Kirchen, ihren Patronen und den eingepfarrten Obrigkeiten in bezug auf einen wichtigen Punkt des kirchlichen Vermögensrechts eine feste rechtliche Grundlage zu schaffen. Dieselbe hatte aber vorzugsweise nicht in der Zukunft zu begründende, sondern bereits vorhandene Rechtsverhältnisse zum Gegenstande und zwar solche von dauerndem Bestande, welche von dem oft schnellen Wechsel der jeweiligen persönlichen Träger der aus denselben resultierenden Verpflichtungen nicht berührt wurden. Das neue Gesetz erhielt also insofern rückwirkende Kraft, als dasselbe auch jene bereits bestehenden rechtlichen Beziehungen einer neuen Ordnung unterstellte und den Beteiligten die Berufung auf den früheren Rechtszustand abschnitt. Ein Bedürfnis für eine Neuregelung der bestehenden Rechtsverhältnisse lag aber nur insoweit vor,

---

[6]) Windscheid, Pandekten I. § 33.

als dieselben von der Ungewißheit des bisherigen Rechtszustandes auch thatsächlich mitbetroffen wurden, und diese Voraussetzung traf bezüglich aller derjenigen Fälle nicht zu, für welche in einem rechtskräftigen Urteil eine feste Grundlage auch schon vor dem neuen Gesetze vorhanden war.[7])

Wenn somit ein vor Erlaß der Verordnung vom 27. Dezember 1824 ergangenes rechtskräftiges Urteil, welches über die Baulast der Eingepfarrten abweichende Bestimmungen enthält, die Anwendbarkeit jenes Gesetzes ausschließt, so geht doch die Tragweite eines derartigen Urteils niemals über den Kreis der Prozeßparteien, zwischen denen es ergangen ist, und deren Rechtsnachfolger hinaus, insbesondere dürfen sich andere Eingepfarrte desselben Kirchspiels, deren Rechte oder Verpflichtungen nicht Gegenstand jenes Urteils geworden sind, auf dasselbe nicht berufen, sollten auch die Gründe, welche für jenes Urteil maßgebend waren, in gleicher Weise auch für sie zutreffen.[8])

Über die Frage, welche Urteile zu den die Anwendbarkeit der Verordnung vom 27. Dezember 1824 ausschließenden rechts-

---

[7]) Die Bestimmungen des § 2 der Verordnung vom 27. Dezember 1824 über die Behandlung der zur Zeit des Erlasses der Verordnung über die subsidiäre Baupflicht anhängigen, aber noch nicht rechtskräftig entschiedenen Prozesse haben nur transitorisches Interesse und daher jetzt längst keine Bedeutung mehr.

[8]) Dieser Satz ist anerkannt im Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 29. Januar 1863 zu Ba. 988 in einem Rechtsstreite der Großherzoglichen Kammer nomine Serenissimi Patroni der Kirche zu Basse wider eine zu dieser Kirche eingepfarrte Gutsherrschaft wegen subsidiarischer Hilfsbeiträge. Die Rechtsvorgängerin der gegenwärtigen Beklagten, Gräfin v. H., welche früher Kompatronin der Kirche zu Basse gewesen war, hatte in dieser ihrer Eigenschaft vor dem Jahre 1824 andere Eingepfarrte auf Leistung von Hilfsbeiträgen verklagt, war aber durch ein im Jahre 1822 rechtskräftig gewordenes Urteil, welches die damaligen Beklagten von allen baaren Hilfsbeiträgen zu den geistlichen Bauten völlig freisprach, mit ihrer Klage abgewiesen worden. Der jetzigen Beklagten wurde die Berufung auf dieses Urteil versagt, weil ihre Rechtsvorgängerin, die damalige Klägerin, gar nicht in der Lage gewesen sei, in jenem Prozesse für ihre Güter die Befreiung von der Kirchenbaulast zu erstreiten, welche sie selbst gegen die damaligen Beklagten geltend gemacht hatte.

kräftigen Entscheidungen zu rechnen seien, entstand bald nach Erlaß dieses Gesetzes eine Kontroverse, welche in Anschluß an den bekannten gemeinrechtlichen Streit über die Rechtskraft der Entscheidungsgründe von den Gerichten in verschiedenem Sinne entschieden wurde und auch Anlaß zu gesetzgeberischen Verhandlungen zwischen Landesherrschaft und Ständen gab.

Die Verordnung enthält über diese Frage keine unmittelbaren Bestimmungen, sondern unterscheidet im § 3 zwischen Entscheidungen, in welchen bloß von dem einzelnen Bau die Rede und bloß über die individuelle Leistung entschieden ist, und solchen Entscheidungen, welche über das Prinzip in allgemeinen Vorschriften enthalten, nur zu der Rechtsfolge, daß von den seit dem Jahre 1797 ergangenen Urteilen der letzteren Art, welche auf Grund der damaligen gesetzlichen Bestimmungen den Eingepfarrten größere Leistungen auferlegen, als ihnen nach dem neuen Gesetz zur Last fallen würden, für die Kirchen landesherrlichen Patronats kein Gebrauch gemacht werden solle. Dieser Unterschied wurde jedoch von dem öfter schon genannten Kirchenprokurator Hofrat Francke in einem im Jahre 1830 an die Landesregierung erstatteten Berichte[9]) dahin verwertet, daß in keinem Falle, in welchem eine auf eine bestimmte Leistung gegen die Eingepfarrten erhobene Klage rechtskräftig abgewiesen sei, dem Urteil eine über diesen speziellen Fall hinausgehende Tragweite beigelegt werden dürfe,[10]) und die Landesregierung legte den Ständen den Entwurf einer Deklaratorverordnung zum § 3

[9]) Der Bericht findet sich abschriftlich bei den ständischen Akten, betr. die Verhandlungen über den Erlaß einer Deklaratorverordnung zum § 3 der Verordnung vom 27. Dezember 1824, aus den Jahren 1828 bis 1831.

[10]) Diese Auffassung wurde von der Justizkanzlei zu Güstrow vertreten und in einem von der Juristenfakultät zu Berlin in der Restitutionsinstanz zur Sache Ga. 41 eingeholten Urteilsspruch — publiziert am 17. Dezember 1827 — gebilligt, während das vorhergehende Appellationserkenntnis des Oberappellationsgerichts vom 18. Januar 1827, sowie das in der zweiten Restitutionsinstanz von demselben Gerichte gesprochene Schlußerkenntnis vom 10. Juli 1828 entschieden, daß die früher ergangenen rechtskräftigen Erkenntnisse auch dann für die Zukunft maßgebend seien, wenn sie nur aus einer Entscheidung des Prinzips hervorgegangen waren.

der Verordnung vom 27. Dezember 1824 nachstehenden Inhalts vor:

„Weil jedoch auch darüber Ungewißheit obwaltet, und auch dieserhalb verschiedene Entscheidungen erfolgt sind, welche rechtskräftige Entscheidungen die im §pho 1 den Patronen und Eingepfarrten zugestandene Befreiung von den konstitutionsmäßigen Hilfsbeiträgen zu begründen vermögen, so verordnen wir weiter,

daß es bei der Bestimmung des §phi 3 der Art das Bewenden behalten soll, daß nur diejenigen, welche über das Prinzip im Allgemeinen Vorschriften enthalten, keineswegs aber diejenigen dabei in Betracht kommen sollen, wodurch die Beklagten blos von den einzelnen Leistungen, worauf libelliert worden, freigesprochen sind, wenngleich die Gründe solcher Entscheidungen aus den Grundsätzen des gemeinen und vaterländischen Rechts entlehnt werden."

Die Stände verhielten sich dieser Proposition gegenüber jedoch entschieden ablehnend. Sie führten aus, daß nach ihrer Ansicht die beabsichtigte Deklaration dem Sinn der Verordnung vom 27. Dezember 1824 widerspreche, und machten geltend, daß durch dieselbe den Eingepfarrten die Vorteile der rechtskräftigen Entscheidungen thatsächlich völlig wieder entzogen würden, da es Erkenntnisse, welche nur über das Prinzip im allgemeinen Vorschriften enthielten, in welchen also der Tenor selbst das Prinzip ausspräche und die Beteiligten nicht allein für diesen Fall, sondern auch für alle künftigen Fälle von der Beitragspflicht entfreie, nicht gebe und nicht geben könne.

Infolge dieses Widerspruchs der Stände zog die Regierung den vorgelegten Gesetzesentwurf zurück.

Für die Entscheidung dieser hiernach von der Gesetzgebung offen gelassenen Frage kommt in betracht, daß allerdings, wie von den Ständen zutreffend hervorgehoben wurde, bei Beantwortung derselben im Sinne der von der Regierung beabsichtigten Deklaration die praktische Bedeutung der den Eingepfarrten in diesem Punkte durch das Gesetz gewährten Vergünstigung — und um eine solche handelt es sich in beihalt der Bestimmung

des § 3 Abs. 2 der Verordnung vom 27. Dezember 1824 in der großen Mehrzahl der Fälle — thatsächlich eine sehr geringe sein würde. Denn die Zulässigkeit der nach heutigem Prozeßrecht in weiterem Umfange möglichen Präjudizialklagen war im früheren Rechte eine höchst zweifelhafte, die Eingepfarrten waren auch in denjenigen Fällen, in welchen der Streit über die von ihnen beanspruchten Hilfsbeiträge von prinzipieller Bedeutung war, schwerlich in der Lage gewesen, eine Entscheidung des Prinzips auch im Tenor des gerichtlichen Urteils zu erlangen, und es liegt daher auf der Hand, daß die Zahl der in Frage kommenden vor dem Erlaß der Verordnung vom 27. Dezember 1824 ergangenen Urteile, in welchen eine solche Entscheidung getroffen war, eine verschwindend kleine sein mußte. Diese Erwägung führt dahin, auch für die hier in Frage stehenden Fälle die in älterer und neuerer Zeit vorherrschende entgegengesetzte Ansicht[11]) als maßgebend zu erachten und demgemäß auch denjenigen Urteilen eine über den Einzelfall hinausgehende Tragweite zuzugestehen, deren unmittelbarer Gegenstand zwar nur eine konkrete Leistung ist, deren Entscheidung sich aber gründet auf die aus allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen des früheren Rechts hergeleitete Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Kirche und Eingepfarrten in bezug auf die von den letzteren zu leistenden Hilfsbeiträge.

Die durch ein rechtskräftiges Erkenntnis vor Erlaß der Verordnung vom 27. Dezember 1824 begründete Rechtsstellung darf den Eingepfarrten durch eine Veränderung der Parochialgrenzen oder durch Zuweisung zu einer anderen Parochie nicht wieder genommen werden. Denn es können hier nur Urteile in Frage kommen, welche über die subsidiäre Beitragspflicht auf Grund allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen entscheiden,[12]) und welche daher aussprechen, daß die Eingepfarrten zu größeren Hilfsbeiträgen, als in jenen Entscheidungen anerkannt ist, überhaupt nicht herangezogen werden dürfen. Die in jenen Urteilen

[11]) Vgl. Windscheid, Pandekten I. § 130 Note 20, und Entscheidungen des Reichsgerichts VI. S. 415.

[12]) Vgl. Verordnung vom 27. Dezember 1824 § 4.

ausgesprochene Befreiung derselben hat also eine über die Rechtsverhältnisse des einzelnen Kirchspiels hinausreichende Tragweite.

2. Wenn die Verordnung vom 27. Dezember 1824 ferner im § 1 vorschreibt, daß auch die durch Verträge erworbenen Rechte der Eingepfarrten oder der Kirche durch die von ihr getroffenen Bestimmungen nicht berührt werden sollen, so erklärt sie die letzteren hiedurch zu Normen des dispositiven Rechts, da die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auch auf die nach Erlaß der Verordnung geschlossenen Verträge nicht in Zweifel gezogen werden kann. Derartige Verträge können nicht allein ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschlossen werden. Ein stillschweigender Vertrag ist insbesondere aus dem sog. Herkommen zu entnehmen, falls das letztere nicht auf ein lokales Gewohnheitsrecht zurückzuführen ist, sondern die Regelung eines konkreten Rechtsverhältnisses durch den übereinstimmenden Willen der beteiligten Parteien zum Ausdruck bringt.[13])

Im einzelnen können diese Verträge eine verschiedene Tragweite haben, insofern sie sich nur auf konkrete Leistungen oder auf Leistungen einzelner Träger obrigkeitlicher Rechte beziehen, oder aber die Rechtsverhältnisse der Obrigkeiten als solcher zur Kirche zum Gegenstande haben. Die Verträge der ersteren Art fallen in die Sphäre des Privatrechts und sind daher nach den Normen des letzteren zu beurteilen.[14]) In den Verträgen letzterer Art stehen dagegen zwei Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts einander gegenüber, welche in dieser ihrer Eigenschaft mit einander kontrahieren und deren gegenseitige Rechtsbeziehungen daher insoweit publizistischer Natur sind.[15])

---

[13]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. XI. S. 212. Im einzelnen Falle kann es allerdings zweifelhaft sein, ob die Ordnung eines konkreten Rechtsverhältnisses durch stillschweigenden Vertrag — Herkommen — oder durch lokales Gewohnheitsrecht — Observanz — vorliegt. Vgl. auch Seuffert's Archiv Bd. XXXVI. Nr. 172.

[14]) Wach a. a. O. S. 99 Nr. 4.

[15]) Wach a. a. O. S. 93, 94. Vgl. Seuffert's Archiv IV. Nr. 251, 1.

Die durch Verträge fixierte Rechtsstellung der Eingepfarrten in bezug auf die geistliche Baulast kann durch Veränderungen der Rechtsverhältnisse der übrigen Eingepfarrten zur Kirche nicht berührt werden, falls nicht der Vertrag dies besonders vorgesehen hat. Dagegen ist durch solche zwischen der einzelnen kirchlichen Anstalt und Eingepfarrten ihres Kirchspiels abgeschlossenen Verträge, auch wenn dieselben die oberbischöfliche Bestätigung erhalten haben,[16]) das Kirchenregiment nicht behindert, diese Eingepfarrten einem anderen Parochialverbande zuzuweisen. Durch eine derartige Auspfarrung werden jene Verträge, deren Grundlage und Voraussetzung die konkrete Kirchspielzugehörigkeit ist, hinfällig. Ob und inwieweit die von den Kontrahenten in Erfüllung jener Verträge gemachten gegenseitigen Leistungen zurückzugewähren sind, ist eine Frage, welche sich nicht allgemein entscheiden läßt, für deren Beantwortung vielmehr der spezielle Inhalt des einzelnen Vertrages maßgebend ist.

3. Endlich läßt die Verordnung vom 27. Dezember 1824 Modifikationen der durch dieselbe geregelten Rechtsbeziehungen zwischen Kirche und Eingepfarrten in den einzelnen Kirchspielen auch durch Observanzen, also durch lokales Gewohnheitsrecht, zu, und zwar können sich derartige Observanzen auch noch gegenüber dem Recht der Verordnung bilden.[17]) Wenn das Gesetz als Voraussetzung einer solchen Observanz erfordert, daß die wirkliche Anerkennung resp. der Verpflichtung oder Befreiung vorliege oder bewiesen werde, so ist hierunter nach der konstanten Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts[18]) nur die nach der

---

[16]) Die oberbischöfliche Bestätigung eines solchen Vertrags hat zunächst nur die Bedeutung, demselben für die Kirche verbindliche Kraft zu verleihen, hindert aber das Kirchenregiment an und für sich an der Ausübung der demselben zustehenden Verwaltungsrechte nicht.

[17]) Urteil des Oberlandesgerichts vom 11. November 1879 zu Do. 475.

[18]) Urteile des Oberappellationsgerichts vom 16. März 1865 bei Budde und Schmidt, Entscheidungen VI. S. 287, ferner vom 7. November 1850 zu Do. 229 und vom 7. März 1865 zu Go. 485.

herrschenden Lehre für die Bildung eines Gewohnheitsrechts erforderliche opinio necessitatis zu verstehen.[19])

Da die Observanz im Gegensatz zum Herkommen stets objektive Rechtsnorm ist, so fallen auch die von ihr beherrschten Rechtsverhältnisse in die Sphäre des öffentlichen Rechts, als desjenigen Rechtsgebiets, welchem jene Rechtsverhältnisse an sich angehören.[20])

Auch die Observanz als ein den lokalen Kreisen des einzelnen Kirchspiels entstammendes und auf diese beschränktes Gewohnheitsrecht hat die Zugehörigkeit der einzelnen derselben unterworfenen Eingepfarrten zu dem Kirchspiel zur Grundlage und verliert daher diese Grundlage durch eine völlige oder teilweise Auflösung des Parochialverbandes seitens des Kirchenregiments, insoweit jene Eingepfarrten von derselben betroffen werden. Da aber die Observanz als Spezialtitel den Bestimmungen des Gesetzes vorgeht, so wird die Rechtsstellung der Eingepfarrten, für welche sie die Grundlage bildet, durch Veränderungen in den Rechtsverhältnissen anderer Eingepfarrten nicht berührt.

4. Die im Gesetze nicht berücksichtigte unvordenkliche Verjährung, welche im Gegensatz zu der Observanz subjektives Recht begründet, ändert ebenfalls den öffentlich-rechtlichen Charakter der durch sie geordneten Rechtsverhältnisse nicht. Auch sie geht, wie in der einheimischen Rechtsprechung niemals in Zweifel gezogen ist, den Bestimmungen der Verordnung vom 27. Dezember 1824 vor und begründet einen Singulartitel, welcher gegen Veränderungen in den Rechtsbeziehungen anderer Eingepfarrter zur Kirche unempfindlich ist, dagegen die Zugehörigkeit derjenigen Eingepfarrten, deren Rechtsverhältnisse durch sie geordnet sind, zum Kirchspiel zur Voraussetzung hat.

---

[19]) Über den Fall, in welchem die opinio necessitatis auf einem Irrtum beruht, siehe Entscheidungen des Reichsgerichts XII. S. 292.

[20]) Entscheidungen des Reichsgerichts XVII. S. 181.

§ 8.
Rechtsweg und Administrativexekution.

Eine landesherrliche Verordnung vom 17. Oktober 1827[1]) bestimmt, „daß künftig niemalen zwischen Kirchen und kirchlichen Stiftungen Unseres Patronats gegen solche Behörden und Personen, welche auf irgend eine Weise zur Vertretung Unseres landesherrlichen Interesses bestellt oder dazu angewiesen und verpflichtet sind, sobald Unser Interesse dabei irgend direkt oder indirekt in Berührung kommt, Rechtsstreitigkeiten und Prozesse zugelassen werden sollen", vielmehr sollen alle Differenzen dieser Art im Verwaltungswege vom Landesherrn entschieden werden. Hiernach ist der Rechtsweg ausgeschlossen für alle Ansprüche der Kirche gegen den Landesherrn in seiner Eigenschaft als Patron und in seiner Eigenschaft als Eingepfarrter.

Im übrigen hat nicht nur der Patron als gesetzlicher Vertreter der Kirche[2]) das Recht der gerichtlichen Klage gegen die Eingepfarrten auf Leistung der ihnen obliegenden Hilfsbeiträge,[3]) sondern auch die Kirche die Befugnis der Klage gegen den Patron auf Erfüllung seiner gesetzlichen Verpflichtungen zur Vertretung der ersteren in der Geltendmachung ihrer Rechte gegen die Eingepfarrten auf dem in der Verordnung vom 27. Dezember 1824 vorgeschriebenen Wege und auf Ausführung der erforderlichen Bauten.[4]) In den Prozessen zwischen Patron und Eingepfarrten steht an sich auch die Frage nach der Notwendigkeit der vorzunehmenden Bauten zur richterlichen Kognition, jedoch sind Differenzen über die Aufnahme von Ausgabeposten in dem nach § 4 der Deklaratorverordnung vom 21. April 1832 zu formierenden Ausgabeetat nur im Verwaltungswege zum Austrage zu bringen,[5]) und ist ferner auch die Entscheidung der Frage, ob und inwieweit das Vermögen der Kirche an Kapita-

---

1) Raabe, Gesetzsammlung IV. S. 125.
2) Vgl. oben § 3.
3) Verordnung vom 27. Dezember 1824 § 9.
4) Siehe oben § 3 Note 14.
5) Deklaratorverordnung vom 21. April 1832 § 5 und 7.

lien und Grundstücken zu kirchlichen Bauten verwendet werden dürfe, der richterlichen Kognition entzogen.[6]) Die Beweiskraft des Ausgabeetats ist heute nach den allgemeinen Bestimmungen der CPO. zu beurteilen, und steht auch die Frage, ob die Unzulänglichkeit des Ärars und die durch dieselbe bedingte Verpflichtung der Eingepfarrten zu Hilfsbeiträgen im einzelnen Falle in genügender Weise nachgewiesen ist, zur gerichtlichen Entscheidung.[7])

Ist sonach die Kirche für die Durchführung ihrer Ansprüche gegen die ihr zu Hilfsbeiträgen für ihre Bauten Verpflichteten lediglich auf den Rechtsweg verwiesen, so sind andererseits die letzteren, insoweit sie als Behörden organisiert sind, für die Beitreibung der von ihnen auf die Gemeindeglieder subrepartierten Leistungen nicht auf diesem Weg beschränkt. Dieselben haben die Befugnis, diese Leistungen im Wege der Administrativexekution[8]) einzutreiben, und sind zur Geltendmachung ihrer Ansprüche im gerichtlichen Verfahren erst dann genötigt, wenn die von ihnen in Anspruch genommenen Personen ihrerseits Klage auf Rückerstattung der von ihnen zwangsweise geleisteten Beiträge erheben.[9]) Dieses Recht der Administrativexekution steht nach dem geltenden einheimischen Recht den Großherzoglichen Ämtern,[10]) den städtischen Magistraten[11]) und den Kloster-

---

[6]) Deklaratorverordnung vom 21. April 1832 § 8.

[7]) Letzteres ist bereits im § 6 Abs. 2 der Deklaratorverordnung ausdrücklich anerkannt, wogegen die Beweisregel des § 6 Abs. 3 daselbst durch die CPO. in Wegfall gekommen ist.

[8]) Vgl. über diese Trotsche, Mecklenburgischer Civilprozeß I. S. 9, Verordnung vom 20. Mai 1879, betr. die Hilfsanträge der nichtgerichtlichen Behörden und die Administrativexekution, von Amsberg, Verordnungen zur Ausführung der Reichsjustizgesetze S. 227 ff.

[9]) Über dieses Verfahren siehe Trotsche a. a. O. und Verordnung vom 20. Mai 1879 § 18.

[10]) Trotsche a. a. O., Reskript des Finanzministerii vom 9. Juli 1881 bei Balck Nr. 1206, Kammercirkular vom 14. November 1882 bei Balck Nr. 1266.

[11]) Verordnung vom 27. Dezember 1824 § 11.

ämtern[12]), nicht dagegen den Mitgliedern der Ritterschaft zu, welche letzteren die von ihnen subrepartierten Beiträge lediglich im Klagewege beitreiben dürfen.

Die Ansprüche der Kirche gegen den Patron und die Eingepfarrten sind endlich gesichert durch die Vorrechte des § 54, 3 der Konkursordnung und des § 32, 1 a der Revidierten Ritterschaftlichen Hypothekenordnung,[13]) die Ansprüche der letzteren auf die subrepartierten Beiträge durch die Vorrechte des § 54, 2 der Konkursordnung,[14]) des § 28, 1 der Domanial-Hypothekenordnung, des § 34, 1 der Revidierten Stadtbuchordnung und des § 24 a der Revidierten Hypothekenordnung für die klösterlichen Erbpachtstellen.[15])

---

[12]) letzteren gegen ihre Erbpächter auf Grund der Kontrakte. Trotsche a. a. O. S. 10.

[13]) Vgl. Verordnung vom 24. Mai 1879, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, § 62, 1.

[14]) Kammercirkular vom 14. November 1882 bei Balck Nr. 1266.

[15]) Vgl. die Zusammenstellung bei von Amsberg a. a. O. S. 658 Note 2.

Literatur.

Deutsche Zeit- und Streitfragen. Flugschriften zur Kenntnis der Gegenwart. Herausgegeben von Franz von Holtzendorff. Neue Folge. Zweiter Jahrgang, Heft 13:

Zur Frage der Regentschaft bei eintretender Herrschaftsunfähigkeit des regierenden Monarchen nach deutschem Verfassungsrecht. Eine Studie von M. von Oesfeld. Berlin. 56 Seiten.

Der Verfasser erörtert die den Gegenstand dieser Abhandlung bildende, durch den gegenwärtigen Rechtszustand in Bayern wieder mehr in den Vordergrund getretene Frage an der Hand der bestehenden Verfassungen des Deutschen Reichs und der einzelnen Bundesstaaten mit monarchischem System. Nachdem die mißlichen Seiten der in den Verfassungsurkunden vorgesehenen Einsetzung einer Regentschaft beleuchtet sind und der Begriff der letzteren dahin festgestellt ist, daß dieselbe „im allgemeinen die verfassungsmäßige Stellvertretung des Regenten in der Landesregierung durch eine physische oder moralische Person darstellt, wenn derselbe durch Minderjährigkeit, Geisteskrankheit, körperliche Unfähigkeit, mehrjährige Abwesenheit, Übernahme einer fremden Regierung mit Verlegung der Residenz in das Ausland ꝛc. zu regieren verhindert ist“ (S. 7), wendet sich der Verf. auf S. 9 zur Betrachtung der einzelnen Verfassungen,

welche er nacheinander einer Prüfung in der Richtung unterzieht, ob sie ausreichende und genügend klare Bestimmungen über die Einsetzung einer Regentschaft und die mit einer solchen verbundenen Rechte für den Fall der d a u e r n d e n Regierungsunfähigkeit des Monarchen enthalten. Dabei gelangt derselbe zu dem wenig befriedigenden Resultat, daß die erwünschte Vollständigkeit nur bei Württemberg, Sachsen-Koburg-Gotha und im wesentlichen auch bei Reuß älterer Linie vorliege, beim Deutschen Reich wie bei den übrigen Bundesstaaten dagegen entweder die vorhandenen Bestimmungen lückenhaft oder unklar seien, oder aber, wie z. B. in M e c k l e n b u r g - S c h w e r i n und - S t r e l i t z, Lippe, Waldeck, es an einschlagenden landesgesetzlichen Vorschriften gänzlich fehle, so daß auf die Geltung des gemeinen Deutschen Staatsrechts zurückgegangen werden müsse. In der Erwartung, daß nunmehr die Besprechung der hier interessierenden Grundsätze des letzteren folgen werde, sieht sich indeß der Leser getäuscht, findet vielmehr am Schluß der Abhandlung den Wunsch ausgedrückt, von dem Verf. hofft, daß er kein frommer bleiben möge: „daß die Reichsregierung im Vereine und in Übereinstimmung mit der Reichsvertretung einerseits und den Landesregierungen und Landesvertretungen andererseits die allerdings äußerst schwierige und mißliche Aufgabe in die Hand nehmen wolle, sich ohne Überstürzung (sic!) und unter möglichster Wahrung und Berücksichtigung der bestehenden eigenartigen landesgesetzlichen und landesherrlichen Verfassungsvorschriften dieser delikaten Regulierung zu unterziehen."

Referent zweifelt an der Möglichkeit, diese Aufgabe auf dem vorgeschlagenen Wege zu lösen, und ist der Meinung, daß die vorliegende Schrift nicht dazu beitragen wird, die Reichs- oder Landesregierungen zu veranlassen, daß sie der Frage näher treten. Verf. selbst bezeichnet seine Arbeit zwar nur als eine Studie, sie verdient aber kaum diesen Namen, denn sie ist nichts weiter als eine jeden wissenschaftlichen Werths entbehrende Kompilation der einschlagenden Bestimmungen aus den einzelnen Verfassungen und dem Handbuche des öffentlichen Rechts Bd. III. „Das Staatsrecht des Deutschen Reiches und der Deutschen

Staaten", aus welchem der Verf. sogar ohne Angabe der Quelle ganze Sätze wörtlich abgeschrieben hat, wie z. B. die Sätze auf S. 26 Z. 8—12 v. u., sowie S. 32 Z. 19—21 v. o. aus dem 2. Halbband Abth. I. des citierten Buchs „Otto, Das Staatsrecht des Herzogtums Braunschweig" § 4 Nr. IV. S. 107 Z. 6—9 v. u., bezw. „Büsing, Das Staatsrecht der Großherzogtümer Mecklenburg" § 3 S. 11 Z. 9—11 v. o. Vereinzelt nimmt der Verfasser zwar auch zu einigen die Materie berührenden staatsrechtlichen Fragen Stellung, beschränkt sich aber im wesentlichen darauf, sich einer der mitgeteilten Ansichten der hervorragendsten Staatsrechtlehrer ohne weitere selbständige Begründung anzuschließen.

A. von Düring.

Leitfaden zum Studium des Preußischen Rechts für Kandidaten des Justiz- und Verwaltungsdienstes, insbesondere für Anwärter des Gerichtsschreiberamtes, bearbeitet von Ed. Strutzki, Königl. Kammergerichtsrat, und St. Genzmer, Königl. Landrat. Zweite umgearbeitete Auflage. Berlin 1888, Verlag von Franz Vahlen. Lieferung 1—4. 36 Bogen. 560 S. Subskriptionspreis 15 Mark.

Ref. hat sich gern der ihm von der hochverehrlichen Redaktion dieser Zeitschrift gestellten Aufgabe unterzogen, das vorbezeichnete Werk zu rezensieren, wenngleich schon der Titel des Buchs darauf hinweist, daß seine Lektüre für den mecklenburgischen Juristen kein besonderes Interesse bieten kann. Zweck desselben ist, den Anwärtern des Gerichtsschreiberamtes in Preußen einen Leitfaden zum Studium des Reichs- und Landesrechts an die Hand zu geben, aus welchem sie die für die Gerichtsschreiberprüfung erforderlichen Kenntnisse sich anzu-

eignen in die Lage gesetzt werden. Die vollständig umgearbeitete 2. Auflage wird, wie es im Vorwort heißt, „durchweg dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung entsprechen".

Für die Anwärter des Gerichtsschreiberamtes in Mecklenburg sind die beiden ersten Abschnitte (S. 1—456), welche sich mit dem in Preußen geltenden Privatrechte (hauptsächlich dem Preußischen Landrecht) beschäftigen, von einzelnen Partien im 1. Abschnitt (S. 1—72), sowie von der Darstellung des Handels- und Wechselrechts im 2. Abschnitt auf S. 194—246 abgesehen, ohne Wert, während ihnen allerdings das Studium des 3. Abschnitts, betitelt „Das öffentliche Recht", welcher eine Übersicht des Völkerrechts (S. 457—461), des Staatsrechts (S. 461—482), des Kirchenrechts (S. 498—503) und des Strafrechts (S. 504—552) enthält, immerhin empfohlen werden kann. Nicht minder werden aus den noch zu erwartenden Heften die Darstellungen des Straf- und Civilprozesses ein gleiches Interesse in Anspruch nehmen. Den Anforderungen, welche in bezug auf die Kenntnis der im 3. Abschnitt abgehandelten Materien, soweit sie überall verlangt werden sollte, gestellt werden, dürfte das Gegebene nach den Erfahrungen des Referenten (derselbe war Vorsitzender der Kommission für das Gerichtsschreiber-Examen in Mecklenburg-Strelitz) auch genügen. Für das erste juristische Examen reicht das Werk indeß auch hierin nicht entfernt aus. Auf den Inhalt desselben näher einzugehen halte ich nicht für angezeigt.

A. von Düring.

Druck der Hinstorff'schen Buchdruckerei in Rostock.



